Adolph Dieterich Weber,
B. R. D.

Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Erste Abteilung.

Mit einer vorläufigen
Berichtigung der gewöhnlichen Theorie
von der Verbindlichkeit, deren Entstehungsart
und verschiedenen Einteilung überhaupt.

Schwerin, Wismar und Bützow,
in der Boednerschen Buchhandlung.
1784.

Ankündigung.

Man hat seit einiger Zeit angefangen, einzelne Rechtsmaterien systematisch zu bearbeiten, weil man einmütig dafür hält, daß dieses der bequemste Weg sei, zu einem vollständigen Systeme der ganzen Jurisprudenz zu gelangen. Die Lehren vom Pfandrechte, von der Ehe, den Servituten, der Gerichtsbarkeit, von der Erbfolge u. a. m. sind bereits in besondern Werken abgehandelt. Noch fehlen aber verschiedene und zwar solche Doktrinen, welche dergleichen besondere Bearbeitung um so mehr verdienten, ie weniger dasjenige, was davon in den gewöhnlichen Lehrbüchern vorgetragen wird, einer gründlichen Kenntniß zuführet. Ist ie eine Materie durch unrichtige Erklärung des römischen Rechts, noch mehr aber durch unschickliche Applikation desselben auf unsere Rechtsgeschäfte entstellet worden; so ist es gewiß die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Wirkung. In den Kompendien wird sie gewöhnlich nur obenhin so vorgetragen, daß unglaublich vieles ganz unbestimmt und schwankend zurück bleibt. Man ist noch nicht ganz darüber

einverstanden, ob aus alleinigen natürlichen Rechten und Verbindlichkeiten, eine gerichtliche Klage zuläßig sei? — Man vermischt die Fälle, wo das Civil-Recht eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung **verboten** hat, mit denen, wo bloß der **gerichtliche Effekt** entweder ganz oder zum Teil versagt worden. — Bei verschiedenen Materien, wo auf richtige Grundsäze von Einschränkung der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten alles ankömmt, z. B. bei der Veriährung, wird daran gar nicht gedacht. — In der Lehre vom Pfandrechte wird zwar der Saz, daß auch wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten eine Verpfändung gültig geschehen könne, hingeworfen, sucht man aber eine bestimmte, ins Detail gehende Aufklärung, in wie ferne die Verpfändung in dergleichen Fällen wirksam sei, und ob z. B. da, wo die Hauptschuld nicht ausgeklagt werden kann, die hypotekarische Aktion zuläßig sei? So wird man schwerlich etwas zutreffendes finden. Kurz, diese ganze Lehre hat ungemein viele Lücken, und eine vollständige Bearbeitung dürfte der Cultur unserer Wissenschaft sehr beförderlich sein. Ich habe den Versuch gemacht,

diesen Abgang zu ergänzen, und bin daher gewilligt, meine Arbeit unter dem Titel: **Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Wirkung**, auf künftiger Ostermesse im Verlag der **Bödnerschen Buchhandlung** zu Wismar heraus zu geben. Ich verspreche in dieser Schrift nicht nur eine vollständige Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung überhaupt zu liefern, sondern auch die Fälle, wo der Effekt natürlicher Verbindlichkeiten durch bürgerliche Anordnungen eingeschränkt ist, auf richtige und bestimmte Grundsätze zurück zu führen; endlich aber auch von der Wirkung der Eidesleistungen, des Pfandes und der Bürgschaft, in dieser Hinsicht ausführlich zu handeln. Soll die besondere Abhandlung einzelner Rechtsmaterien auf die Jurisprudenz im Ganzen einen glücklichen Einfluß haben; so ist es Zeit, daß man vorzüglich auch dahin Bedacht nehme, von einem Gegenstande, der sich durch alle Teile der Rechtsgelahrheit verbreitet — von dem Entstehungsgrunde, und den verschiedenen Einteilungen der Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt,

 ein

ein solches Gebäude aufzuführen, welches unserer heutigen Jurisprudenz angemessen ist. Noch sind wir mit vielen müßigen Fiktionen und andern Unschicklichkeiten geplagt, wodurch Anfängern die Sache sehr erschweret, und überhaupt ein gründliches Studium gehindert wird. Man rechne mich, indem ich dieses schreibe, nicht zu der Zahl dererienigen, welche viel Erleichterung darin finden, wenn sie diesen oder ienen Begrif in die Klasse römischer Grillen verweisen, und sodann leuatis velis darüber hinweg eilen können. — Wenn ich aber behaupte, daß einen Teils die ächte Theorie der römischen Juristen vom Ursprunge der Verbindlichkeit hin und wieder sehr verkannt und gemißdeutet worden, andern Teils aber dem heutigen System unserer Wissenschaft nicht mehr anpassend sey; so darf ich wohl keinen Widerspruch befürchten. Hiedurch bin ich bewogen, der gedachten Abhandlung von der natürlichen Verbindlichkeit eine vorläufige Berichtigung der gewöhnlichen Theorie von den Entstehungs-Gründen und verschiedenen Einteilungen der Verbindlichkeit überhaupt vorangehen zu lassen. Rostock, im December, 1783.

A. D. Weber. Dr.

Vor-

Vorrede.

Der Endzweck gegenwärtiger Schrift ist aus der vorhergegangenen Ankündigung ersichtlich.

Ob ich ihn, so weit diese erste Abteilung gehet, erreicht habe? mögen die Kenner beurteilen.

Was man gewöhnlich von der Materie zu sagen pflegt, ist in der vorliegenden Abteilung geprüft, und das Unzulängliche des gemeinen Lehrbegrifs dargelegt worden.

Bin ich einigen Lesern zu umständlich gewesen: So bitte ich zu erwägen, daß es hier darauf ankam, ein Lehr-System, welches Jahrhunderte hindurch die angesehensten Verteidiger gefunden hat, und noch findet, wankend zu machen.

Es geht in der gelehrten Welt in diesem Stück gerade so, als in der moralischen. Peccata, schreibt der H. **Augustin** *), quamuis magna, *quum in consuetudinem* venerunt, aut parua, aut nulla cre-

*) AVGVSTIN. Opp. Tom. VI. p. 227.

creduntur; vsque adeo, vt nonſolum occultanda, verum etiam praedicanda videantur. Sic noſtris temporibus multa mala ita in apertam conſuetudinem venerunt, vt pro his nonſolum excommunicare aliquem laicum non audeamus, ſed nec clericum degradare. Inuſitata peccata ſola exhorreſcimus, vſitata vero *ſaepe videndo* omnia tolerare, ſaepe tolerando nonnulla etiam facere cogimur. Eine Wahrheit, welche die Geſchichte aller Zeiten beſtätigt, und welche auch der Lehrer und Erzieher des undankbaren und grauſamen Nero in folgenden Worten, nur nicht ſo derbe, als der Kirchen-Vater vorträgt: Inter cauſas malorum noſtrorum eſt, quod viuimus ad exempla, nec ratione componimur, ſed conſuetudine abducimur. Quodſi pauci facerent, nollemus imitari; quum plures facere caeperunt, quaſi honeſtius ſit, quia frequentius, ſequimur, et recti apud nos locum tenet error, vbi publi-

cus

cus factus est **). Wer daher eine Lehrmeinung, eine Methode, die ihr gewisses Alter erreicht hat, und gleichsam herrschend geworden ist, anfechten will, dem kan man sicher mit Menken ***) vorhersagen: Nec censor accuratus tibi deerit, nec calumniator iniquus. Die Sache selbst macht also einen etwas ausführlichen Vortrag gleichsam zur Notwendigkeit, wenn man seinen Zweck nicht verfehlen, sondern den Leser auf seine Seite lenken will.

Auf die zweite Abteilung, welche bald nachfolgen wird, muß ich besonders dieienigen verweisen, welche an blos theoretischen Untersuchungen kein Gefallen hegen, und daher von dieser Seite die gegenwärtige Schrift nicht ganz nach ihrem Geschmack finden dürften. Vielleicht werden sie dort mehrere Nahrung für ihren praktischen Geist antreffen.

Daß

**) *Luc. Ann.* SENECA Epist. 123.

***) In praefat. addition. ad *G. A.* STRUVII iurisprud. forens. p. 1.

Daß übrigens die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung eine der wichtigsten Rechtsmaterien sei, und daher vorzüglich eine besondere Bearbeitung verdiene, darf ich wol nicht weiter erinnern.

Da in unserer Wißenschaft alles auf Rechte und Verbindlichkeiten beruhet, folglich ein richtiges Systen im Ganzen nicht zu erwarten ist, so lange man die Entstehungsart der Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, nicht aus richtigen Gründen beurteilet; nicht so bestimmet, wie es die Wahrheit und die ganze Einrichtung unserer heutigen Jurisprudenz erfordert: So wird man die vorläufige Berichtigung des gewöhnlichen Lehrbegrifs in dieser Hinsicht nicht überflüssig finden.

Zum Beschlusse wünsche ich diesem Buche eben die beifällige Aufnahme, deren das gelehrte Publikum meine bisherigen Arbeiten gewürdigt hat; und empfehle mich dem Wolwollen des geneigten Lesers bestens. Rostock, den 23. Februar, 1784.

III Inhalt.

Inhalt.

Vorläufige Berichtigung der gewöhnlichen Theorie von der Verbindlichkeit, deren Entstehungsart und verschiedenen Einteilungen überhaupt.

Begrif der Verbindlichkeit, §. 1. und 2. — Seite 1.

Ueber die Einteilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, §. 3. — — 6.

Zweite Einteilung der Verbindlichkeit in die natürliche, bürgerliche und vermischte, §. 4. — — — 8.

Dritte Einteilung in unmittelbare und mittelbare Verbindlichkeiten, §. 5. — — 10.

Theorie der römischen Juristen vom Ursprunge, und den Entstehungsgründen der Verbindlichkeit, §. 6. 7. — — 12.

Ursachen, wodurch sie bewogen wurden, die Verbindlichkeiten so viel möglich auf Verträge und Verbrechen zu reduciren, §. 8. — — — 14.

Was es mit den Verbindlichkeiten quasi ex contractu eigentlich für eine Bewandnis gehabt? die gewöhnliche Erklärung

ist

ist mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; Versuch einer genauern Entwickelung, §. 9. — S. 16.

Desgleichen von den sogenannten quasi delictis, §. 10. — — 25.

Um einen richtigen Begrif davon zu bilden, werden die Merkmale, welche denen dahin gerechneten Fällen gemein sind, angegeben, §. 11. — — 26.

Und durch genaue Beurteilung der einzelnen Fälle selbst näher erwiesen; 1) vom Richter, der aus Versehen und Unwissenheit einem streitenden Teile zu nahe gethan, §. 12. — — 27.

Die Unwißenheit oder culpa des Arztes wird im römischen Rechte als ein wahres Verbrechen behandelt. Hieraus, und aus verschiedenen andern Gründen wird erwiesen, daß die Fahrlässigkeit keinen distinguirenden Charakter des sogenannten quasi delicti ausmache, §. 13. — 33.

Von der wahren Ursache, warum die Unvorsichtigkeit des Arztes nicht eben sowol, als dieienige des Richters, eine obligationem *quasi* ex delicto hervorgebracht, §. 14—18. — — 38.

2) Die übrigen Fälle, wo den römischen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, werden gleichfalls angeführet, und endlich der Begrif dieser Art Verbindlichkeiten nach dem ächten Sinn des römischen Rechts genau bestimmt, §. 19. 20. — — 48.

Vollständige Zergliederung des römischen Lehrbegrifs von Entstehungsart der Verbindlichkeiten überhaupt; §. 21. — — 52.

Inhalt.

Von der obligatione ex variis causarum figuris, §. 22. — S. 54.

Die Theorie der römischen Rechtsgelehrten, ist durch irrige Erklärungen und Zusätze der Ausleger ungemein verwirret worden, §. 23. — — — 58.

Dahin gehört 1) der consensus fictus bei den obligationibus qu. ex contractu, §. 24. — 59.

2) Die Einteilung der Verträge in wahre und Quasikontrakte, imgleichen der Verbrechen in wahre und Quasidelicta, §. 25. — 61.

3) Der unrichtige Begrif des sogenannten quasi delicti, §. 26. — — 68.

4) Daß man zu den Verbindlichkeiten, welche quasi ex contractu, oder quasi ex delicto hergeleitet werden, weit mehrere Fälle hinzugefüget, als die römischen Gesetze selbst dahin gerechnet haben, §. 27. — — — 68.

Der römische Lehrbegrif ist aber auch an sich nicht von wesentlichen Fehlern frei, §. 28. — 73.

Wenigstens unserm heutigen Rechts-Systeme gar nicht angemessen, §. 29. — — 76.

Abriß eines Plans, wonach die Materie von Entstehungsart der Verbindlichkeiten schicklicher abzuhandeln, §. 30. 31. — 79.

Nähere Erläuterung der unmittelbaren Verbindlichkeit, §. 32—36. — — 84.

Wie auch der mittelbaren, aus Verträgen, erlaubten und unerlaubten einseitigen Handlungen, §. 37. 38. — — 90.

Vierte Einteilung der Verbindlichkeiten in vollkommene und unvollkommene, §. 39. 40. — — — 93.

Syste-

Inhalt.

Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Erster Abschnitt. Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Von den hieher gehörenden Schriften, §. 41. S. 107.

Abriß der gewöhnlichen Theorie, §. 42. — 109.

Von den Fehlern derselben, und zwar 1) von dem Misbrauch der Einteilung in vermischte und blos natürliche Verbindlichkeiten, §. 43. — — 113.

Die gesunde Vernunft verleugnet den Grundsatz, daß natürliche Verbindlichkeiten nur sodann in bürgerlichen Gerichten für klagbar zu achten, wann sie durch Vorschrift der Gesetze zu dieser Wirkung autorisirt worden; §. 44. — 116

Auch der Geist des römischen Rechts; §. 45. 46. — — — 118.

Auch das kanonische Recht, und der heutige Gerichtsgebrauch; §. 47. — — 128.

II.) Die Lehre von der sogenannten obligatione naturali reprobata, siue plane destructa, ist in Grundlage der gemeinen Theorie vielen Schwierigkeiten unterworfen; §. 48. — — — 131.

III.)

III.) So auch der gewöhnliche Vortrag von den Liebespflichten; §. 49. S. 136.

IV.) Imgleichen die Lehre von der sogenannten obligatione naturali haud reprobata; §. 50. — — — 141.

V.) Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Teil einschränkt worden, blos dahin bestimmet wird, daß die Gesetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effekte zuliessen; §. 51. — 144.

VI.) Es ist nicht zu billigen, daß in verschiedenen Rechtsmaterien, welche unstreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit, und deren Verhältnis in foro ciuili gar nicht untersucht, sondern gewöhnlich übergangen wird; §. 52. 149.

Zweiter Abschnitt. Vorbereitung zu einer vollständigen Theorie durch genaue Bestimmung des Begrifs der natürlichen Verbindlichkeit, nach allgemeinen und besondern Verhältnissen.

Natürliche Verbindlichkeit im weitesten Sinne; §. 53. — — S. 151.

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande; §. 54. — — S. 153.

Natürliche Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civil-Rechts; §. 55. 56. S. 163.

Dritter Abschnitt. Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande, dem gerichtlichen Effekt derselben, und mancherlei Einschränkungen des letztern.

Ob und in wie ferne das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne? §. 57. 58. — S. 173.

Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten; §. 59. — — — 187.

Grundriß zur besondern Abhandlnng der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirksam ist; §. 60. — — — 189.

Vorläufige

Berichtigung

der gewöhnlichen

Theorie von der Verbindlichkeit,

deren

Entstehungsart

und verschiedenen Einteilung

überhaupt.

§. 1.

Die Rechtsgelehrten geben von der Verbindlichkeit verschiedene Begriffe 1), denen es bald an Richtigkeit, bald an gehöriger Deutlichkeit fehlt. Die gesetzliche Definition, welche der Kaiser **Justinian** in seinen Institutionen vorträgt: Obligatio est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae secundum nostrae ciuitatis iura 2), fäst den Gegenstand nach seinen ganzen Umfang nicht in sich — 3), ist höchstens nur sodann brauchbar, wenn wir uns den Menschen als Mitglied der bürgerlichen Societät gedenken, — ob sie gleich in dieser Hinsicht, wie unten deutlicher vorkommen wird, von den Auslegern sehr gemisdeutet worden. In den Lehrbüchern des Naturrechts heist es auf gut scholastisch: Obligatio est connexio motiuorum cum actionibus. Der Begrif ist einenteils dunkel, anderenteils steht es dahin, ob er gar richtig, und da, wo Motiven und Handlung konnex sind, allemal auch Verbindlichkeit vorhanden sei? Wenigstens sind die Folgen, denen man in Grundlage dieses Begrifs nicht

ausweichen kann, ungemein lästig. Sollen die Vorstellungen des Guten und Bösen, wodurch wir zur Handlung bestimmt werden, der Verbindlichkeit selbst Dasein und Wesen erteilen; wie schwankend wird es um die ganze Sache aussehen, weil diese Motiven natürlich den unzäligen Veränderungen unterworfen sind, welche das besondere Verhältnis und eigene Denkungsart eines jeden Individuums mit sich bringt. Man schliest ferner, und freilich kann derjenige, welcher die erwehnte Notion richtig glaubt, nicht anders schließen: **Je mehr Motiven vorhanden sind, desto größer und stärker ist die Verbindlichkeit; wiederum, je geringer die Bewegungsgründe sind, desto schwächer wird die Verbindlichkeit.** Daher die Folge, daß alle Liebespflichten an sich schon weniger verbinden, als Zwangpflichten, weil bei lezteren immer Ein Motiv mehr, die bevorstehende äußere Gewalt, vorhanden ist, welche bei ienen wegfällt. Wir werden unten Gelegenheit haben, diesen Saz noch genauer zu prüfen. Hier wird es genug sein, dies einzige anzumerken, daß die sogenannten Motiven zwar die **Erfüllung** desjenigen, was eine schon vorhandene Verbindlichkeit uns auflegt, bewirken, und in dieser Hinsicht allerdings eine Betrachtung verdienen können, daß aber selbst der Begrif einer Obligation sich daraus nicht formiren lasse; denn ein anderes ist Verbindlichkeit an sich; ein anderes äußere Erfüllung derselben. Was mich zu der leztern

antreibt,

antreibt, und mehr thun doch die Motiven wirklich nicht, von dem kann ich wol nicht sagen, daß die Obligation selbst dadurch hervorgebracht sei, und ihr Wesen daraus ableite. — Gebauer sagt: Obligatio est inclinatio voluntatis per metum 4). Es kann nicht fehlen, wenn man die einzelnen Verbindlichkeiten durchgehet, daß man nicht auf manche stoßen sollte, wo es offenbar lächerlich sein würde, sie eine inclinationem voluntatis per metum nennen zu wollen. Die Furcht für üble Folgen giebt freilich ein Mittel, auch denen, welche sonst vielleicht geneigt sein dürften, ihrer Obliegenheit keine Erfüllung zu geben, wie man sagt, den Willen zu machen. Allein sie ist weder ein eßentielles Requisit der Verbindlichkeit, noch das wahre Fundament derselben, und gehört folglich gar nicht hieher, wo gefragt wird: was ist Verbindlichkeit? nicht: wodurch wird deren äußere Erfüllung gesichert?

1) C. F. SCHOTT *de notione obligationic, Tubing.* 1754.

2) Pr. J. de obligationibus.

3) Griebner proleg. jurisprud. natur. Cap. I.

4) *Ord. institut.* Lib. I. tit. 2. §. 2. THOMASIVS *Fundam. jur. nat. et gent.* Lib. I. c. 4. §. 60. PRAGMANN exercit. 2. *iurisprud. natur.* §. 7.

§. 2.

Wenn wir uns unter einem Gesetze überhaupt die Vorschrift gedenken, welche unsern moralischen

 Hand-

Handlungen zur Norm dient 5); so ergiebt sich die Idee der Verbindlichkeit von selbst. Sie ist nichts anders, als eine **durchs Gesetz** jemanden **auferlegte Nothwendigkeit**, etwas zu thun, oder zu unterlaßen. Nach der allgemeinen Bedeutung, worinn hier das Gesetz genommen wird, und worinn es sowol das natürliche, als das bürgerliche Recht in sich schliest, kann ich mit denen in keine Kontroverse geraten, welche es unrichtig finden, wenn der Grund aller Verbindlichkeit auf Gesetze zurück geführet wird 6). Daß übrigens nur in Ansehung freier Handlungen, und solcher, die sich auf Freiheit beziehen, eine Verbindlichkeit statt finde, — daß sie keine absolute Nothwendigkeit mit sich führe, — sich auf unmögliche Dinge nicht erstrecken könne, — alles dieses sind wesentliche Folgen aus dem Begrif, und der darin aufgenommenen Quelle der Obligation, weil **das** Gesetz nur moralische Handlungen, das sind, die sich auf Freiheit gründen, zum Vorwurf hat.

5) Lex est recti praeceptio, pravique depulsio. CICERO *de nat. deor.* Lib. 2.

6) v. **Tevenar** Versuch über die Rechtsgelahrheit p. 17.

§. 3.

Die Lehrbücher haben eine Menge Einteilungen der Verbindlichkeit adoptirt, welche man größtenteils durch das Resultat folgender Fragen

herausbringt: 1) Wem bin ich verbindlich? 2) In welchem Gesetz gründet sich meine Verbindlichkeit? 3) Wie ist sie daraus entstanden? 4) Welchen Effekt hat sie? — Die erste Frage beantwortet man gewöhnlich im Naturrechte mit Einteilung der Verbindlichkeiten, in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen. Mit Recht wird aber diese Einteilung von verschiedenen Gelehrten als höchst unschicklich verworffen 7); weil die Pflichten gegen Gott den Grund aller andern Pflichten ausmachen, oder eigentlicher, weil alle Pflichten, sie mögen einen Gegenstand der Ausübung haben, welchen sie wollen, immer doch Pflichten gegen Gott sind. Ferner ist der Ausdruck: Pflichten gegen uns selbst, etwas unbequem, weil niemand sein eigener Schuldner sein kann. Richtiger, oder doch schicklicher würde man sagen: Pflichten, die wir in Ansehung unserer selbst, in Rücksicht auf die Vollnkommenheiten unserer Seele, unsers Leibes, und unsers äußern Zustandes zu beobachten haben. Im Ganzen würde daher die Einteilung der Pflichten in dieser Hinsicht eher zu rechtfertigen sein, wenn man solche aus den verschiedenen Gegenständen der Verbindlichkeit herleitete, nicht aber das Subiekt desienigen, welcher berechtigt ist, die Erfüllung von uns zu fordern, dabei zum Grunde legte. Die besondere Gattung der Verbindlichkeiten gegen andere Menschen würde sich sodann schon von selbst ergeben.

7) A. F Reinhard Samlung juristischer, philosophischer, und kritischer Aufsäze siebentes Stück p. 53. Moses Mendelssohn Ueber religiose Macht und Judentum, Berlin 1783.

§. 4.

Die zweite Frage betreffend: So gründet sich die Verbindlichkeit entweder in dem Recht der gesunden Vernunft, in den Gesezen, welche, wie der Apostel sagt, dem Menschen ins Herz geschrieben sind, dergestalt, daß sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Geseze vorhanden sein würde —, oder nicht, sondern ein positives Recht ist der Grund und die Quelle derselben. Im ersten Fall ist eine **natürliche Verbindlichkeit** überhaupt, im zweiten eine **bürgerliche**, (obligatio ciuilis) vorhanden. Sehr oft wird in bürgerlichen Gesezen dasienige wiederholt, was schon natürlichen Rechtens war. Daher die **vermischte Verbindlichkeit**, (obligatio mixta), und die Einteilung der Obligation überhaupt in mere naturalem, mere positiuam, et mixtam, welche zwar von einigen verworffen wird 8), die sich aber im Ganzen, wie der Augenschein ergiebt, sehr gut verteidigen läßt. Nur muß man sich für den Fehler sorgfältig hüten, welchen zumal die ältern Juristen häuffig begingen, daß man bei Bestimmung des gerichtlichen Effekts einer Verbindlichkeit, iene Einteilung als wesentlich zum Grunde legt, wovon iedoch unten ein Mehreres. Ueberflüßig wird es hoffentlich niemand finden,

finden, wenn in den bürgerlichen Gesezbüchern vieles aus dem natürlichen Rechte angetroffen wird. Denn da die Menschen, selbst in Ansehung des Naturrechts, nicht überall einerlei Begriffe und Meinungen hegen; da es auch hier so viele, zum Teil sehr wichtige Streitfragen giebt, daß es an Materie nicht fehlen würde, wenn Jemand für die natürliche Jurisprudenz das werden wollte, was **Cocceji** und **Walch** für das römische Recht geworden sind; da es endlich allemal bedenklicher ist, wenn Wol und Wehe der Untertanen der alleinigen, oft nicht freien, oft sehr beschränkten Einsicht des Richters überlaßen ist, als wenn klare gesezliche Vorschrift die Entscheidung bestimmet: So ist leicht zu erachten, wie wenig der Gesezgeber seinen Endzweck erreichen würde, wenn er nichts, als willkührliche Anordnungen im eigentlichen Verstande, in sein Gesezbuch aufnehmen, und nur da anfangen wollte, wo, seiner Meinung nach, das Naturrecht aufhöret 9) Daß übrigens die Verbindlichkeit darum nicht aufhöre, eine natürliche zu sein, weil sie im Civilrecht gleichfals vorgeschrieben worden —, daß sie durch diese Wiederholung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliere —, daß folglich derienige, welcher sich mit Unwißenheit des bürgerlichen Rechts entschuldigen kann, in Ansehung solcher Vorschrifften, die schon natürlichen Rechtens sind, sich darauf nicht beruffen dürfe 10) —, daß endlich das ius positiuum qua tale sein Ansehen und Gültigkeit verlieren könne, dadurch

aber alles dasienige, was aus dem Naturrechte darinn aufgenommen worden, nicht gleichfalls unverbindlich werde 11) —, sind Wahrheiten, die keines Beweises bedürfen, von denen wir aber in der Folge oft Gebrauch zu machen, Gelegenheit haben werden.

8) Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 85.

9) Leges enim naturales, licet ex recta sibique constante, et nunquam mutabili ratione concipiantur, haud raro tamen homines praeiudiciis corrupti erronee illas sibi fingunt: et inde si negotiis solis adhiberentur decidendis, omne fere jus a ratiocinio judicis haud raro erroneo, interdum quoque spe commodorum non libero et recto immo præjudiciis, odio, et favore corrupto penderet. HELLFELD *de fontibus juris, quo illustres utuntur.* §. 40. dissert. praelim. ad *Struvii* jurisprud. heroic. Tom. I. p. 31.

10) JOH. VOET Comment. ad pandectas Lib. XXII. Tit. VI. §. I. HELLFELD iurisprud. forens. §. 1188.

11) Welchen Einflus diese Bemerkung auf die Bestimmung des heutigen Gebrauchs des römischen Rechts habe? ist in meinen Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, Schwerin, Bützow und Wismar 1782. *pag. 46. sequ.* mit mehrerm gezeigt worden.

§. 5.

Anlangend die dritte Frage: So fließt die Verbindlichkeit aus Gesetzen entweder unmittelbar,

bar, ohne daß derjenige, dem sie obliegt, sich erst durch eine besondere Handlung solche zugezogen hätte, oder nicht, sondern sie setzt ein Factum zum voraus, welches die gesetzliche Nothwendigkeit hervorbringt. Jenes nennt man eine **unmittelbare**, dieses aber eine **mittelbare** Verbindlichkeit. Die letztere erfordert also zu ihrer Wirklichkeit ein Factum obligatorium, welches in den Lehrbüchern gewöhnlich auf zwei Haupt-Klassen reduciret wird. Erlaubte — und unerlaubte Handlungen. Ersteres sind die Verträge, letzteres hingegen die Verbrechen. Daher die bekannte Regel, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in sich fassen soll: omnis obligatio oritur vel ex pacto, vel ex delicto. Da man aber in der Folge das Unzulängliche dieser Regel sehr bald wahrnahm: So fand man kein Bedenken, diejenigen Facta, welche zu keiner von beiden erwähnten Quellen gehören, durch Hülfe der Fiktion bald der einen, bald der andern beizuzählen. Anstatt, daß man das ganze Gebäude einreissen, und von vorne anfangen sollen, hielte man's geratener, durch gänzlich regellose Anhänge es noch mehr zu verunstalten. „Wer durch erlaubte Handlungen, die „keine Verträge sind, verbindlich wird, bei dem „fingiren die Gesetze, daß er einen Vertrag geschlossen. — Und wenn aus unerlaubten Handlun„gen, so doch keine Verbrechen sind, eine Verbind„lichkeit entstehet: So rührt dies daher, weil die „Gesetze, ein eigentlich nicht vorhandenes Verbre„chen als wirklich geschehen annehmen.“ Auf die-

sem Wege sind zwei Absurditäten der ersten Grösse in unsere Wissenschaft eingeführt worden, der Quasi Contrakt und das Quasi Delictum.

§. 6.

Ungeprüfte Annahme der im römischen Recht enthaltenen Lehrsätze, mit unter aber auch eine höchst unrichtige Erklärung derselben, war unstreitig die erste Veranlassung dieser seltsamen Lehre. Der Kaiser Justinian bestimmt in seinen Institutionen 12) den Entstehungs-Grund der Verbindlichkeit dahin: obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Nicht gänzlich so der Jurist Gajus 13) Obligationes aut ex contractu sunt, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Noch anders aber, und zwar sehr umständlich **Modestinus** 14): Obligamur aut *re*, aut *verbis*, aut simul vtroque, aut *consensu*, aut *lege*, aut *iure honorario*, aut *necessitate*, aut *ex peccato*.

12) § vlt. J. de *Obligat.*

13) L. I. D. de O. et A.

14) L. 52. D. Eod.

§. 7.

Daß diese Theorie des römischen Rechts vom Ursprunge der Verbindlichkeit nicht allein beim ersten Anblick hin und wieder sehr dunkel; sondern

auch

auch in manchem Betrachte mit vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, ist nicht zu leugnen; Daß sie aber auch in der That von wesentlichen Fehlern nicht frei zu zählen, und überhaupt unserm gangbarem Rechts-Systeme nicht mehr angemessen sey, hoffe ich in der Folge beweisen zu können. Die Methode, wonach man in den gewöhnlichen Lehrbüchern die Sache vorzutragen pflegt, ist darin zu tadeln, daß man zwar in Einem Betrachte 15) sich von den Fesseln der römischen Subtilitäten los gemacht, das übrige aber 16) unter allerhand unrichtigen Zusätzen beybehalten 17), und dadurch die Sache in noch grössere Verwirrung gesetzet hat 18). Ich glaube, daß dieser Unschicklichkeit nicht anders abzuhelfen sey, als wenn man vor allen Dingen den wahren Sinn iener römischen Theorie hinlänglich ins Licht setzet, solche von den fehlerhaften Zusätzen der Ausleger reiniget, dann das unanwendliche derselben in ihrem völligem Umfange darthut, und endlich die ganze Materie auf Grundsätze zurückführt, welche mit der Wahrheit, und dem heutigen Systeme der Jurisprudenz in keinem Wiederspruch stehen.

15) Bei der Lehre von simplen Verträgen und Kontrackten.

16) Bey dem gantzen Inbegrif von Verbindlichkeiten, die weder aus Verträgen noch aus unerlaubten Handlungen sondern teils aus Gesetzen unmittelbar, teils aus erlaubten einseitigen Handlungen entspringen.

17) Ratio hodie cessat, nec tamen desistimus a conclusionibas iuris romani, quas ex ignoran-

tia

tia verarum rationum in praxin deducimus J. H. BÖHMER de actionibus. II VIII. 53

18) v. Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrheit p. 141. sequ.

§. 8.

Um die Römischen Juristen nach ihrer wahren Absicht zu beurteilen, müssen wir vorläufig bemerken, daß, wie der Augenschein ergiebt, in den oben angeführten Gesetzstellen nicht sowohl die Quelle aller und jeder, sondern nur solcher Verbindlichkeiten angegeben sey, welche wirklich in Gerichten eine Klage hervorbringen. Da nun diese aus Verträgen an sich nicht entstand 19): So ist kein Wunder, daß man die Hauptsumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeit, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Kontrakte reducirte. Hiezu war ein doppelter Anlas. Einmal ist nicht zu leugnen, daß der erste grobe Begrif vom Ursprunge der Verbindlichkeiten wirklich dahin gehe: Niemand ist berechtigt von mir etwas zu fordern, woferne ich nicht entweder ihm freiwillig dieses oder ienes selbst versprochen, oder durch unerlaubte Handlungen mich zur Entschädigung verbindlich gemacht habe. Die besondere Denkungsart der Nation kam zweitens hinzu. So hoch die Begriffe des römischen Bürgers von seiner Freiheit waren, so unerträglich schien ihm der Gedanke, daß ein Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der leztere sich freiwillig dazu anheischig gemacht,

macht, oder ein verbietendes Gesetz übertreten hätte. Dies gab dem ganzen Inbegrif ihrer Rechtsgeschäfte die Form, daß fast alles in Verträge eingekleidet, und der Kontrakt gleichsam der Grundstof aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten ward. Selbst das gerichtliche Verfahren blieb hievon nicht ausgeschloßen 21). Die Litiskontestation geschahe durch einen feierlichen Kontrakt, und der iudex pedaneus ward durch Vereinbarung der Parteien erwälet. Bei einem Volke, dessen Abneigung gegen alle Oberherrschafft bis zur Ausschweifung ging, kann uns dies alles nicht weiter befremden 22). Desto leichter läßt es sich erklären, warum die Form der außergerichtlichen Geschäfte fast durchgängig auf Kontrakten beruhete; wenn gleich die Handlung an sich solches gar nicht erforderte. Daher die Testamente per aes et libram 23) — die emancipatio legitima per imaginarias venditiones et manumissiones 24) u. d. m. Die Rechtsgelehrten handelten der Denkart des Volks gemäs, indem sie den Geschäften eine solche Einrichtung gaben, damit überall, wo es darauf ankam, daß der Bürger seines bisherigen Rechts sich entäußern, solches auf einen andern transferiren, oder Jemanden verbindlich werden sollte, ein von ihm selbst geschloßener Kontrakt den Grund dazu hergeben muste. Die Forderung, welche man daraus herzuleiten vermochte, war ungezweifelt, und selbst den ersten groben Begriffen vom Ursprunge der Verbindlichkeit angemeßen.

19)

19) L. 6. 7. §. 1 et 4. D. de pactis L. 3. C. de rer. permut.

20) *Ant.* SCHVLTING in not. ad Gaii instit. Lib. 2. Tit 9. pr. n. 4. in jurispr. antejust. edit. Ayer. p. 144. MEISTER de in factum action. §. 6. sequ.

21) MALBLANC *doctrina de iureiurando*. Norimb. 1781. §. 39. pag. 106.

22) HEINECCIVS in orat. *de iurisprudentia formularia* §. 13. *Burch Christ.* de BEHR diss. *de action.* doli mali Cap. 2. §. 4.

23) §. 1. J. *de testament. ordinand.* GELLIVS Noct. Att. Lib. XV. cap. 27.

24) GAIVS Lib. I. institut. Tit. 8. VLPIANVS Tit. 10.

§. 9.

Die Ursache, wodurch die römischen Juristen bewogen wurden, die Form der Rechtsgeschäfte so einzukleiden, daß solche, so viel nur möglich, auf Kontrakten, welche freilich oft nur zum Scheine angebracht wurden, beruhen möchten, haben wir im vorigen §. gezeigt. Nun frägt sich, was es mit den besondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu, und quasi ex delicto, eigentlich für eine Bewandnis gehabt? „Noch Niemand hat, wie ein gewisser Schriftsteller sich „ausdrückt, einen distinktiven Charakter dieser „Amphibien angeben können, das heist, einen „Charakter, welcher alle Negotien, die im römischen Gesetzbuche mit dem Nahmen der Q. C. „und

„und Q. D. belegt werden, einschlöße, und alle „übrige Negotien, die nicht damit belegt werden, „ausschlöße." *) Wahr ist es, die Begriffe, welche man in den Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts hievon antrift, sind mit vielen Schwierigkeiten verknüpft; weil sie ihrem Umfange nach unendlich mehrere Fälle in sich fassen, als die Gesetze selbst unter diesen Rubriken aufzählen; daher ein reichhaltiger Stof rechtlicher Kontroversen, indem fast iedes Kompendium die Anzal der sogenannten Quasi-Kontrakte und Q. D. verschiedentlich angiebt. Den eigentlichen Anlas zu dieser Verwirrung glaube ich darinn setzen zu können, weil 1) das römische Gesetzbuch selbst keine bestimmte Erklärung dieser Gattungen der Verbindlichkeit liefert, sondern sich blos begnügt, einzelne, dahin gerechnete Fälle anzuführen; diese besondern Fälle aber 2) von den Rechtsgelehrten nicht genau und vollständig genug untersucht worden, um die Eigenschaften, wodurch sie eine eigene Klasse von Rechtsgeschäften formiren, in das gehörige Licht zu setzen. Man hat ein Paar Merkmale, worinn iene Fälle übereinkommen, hinreichend gehalten, um daraus sogleich den ganzen Begrif in seinem wahren Umfange ableiten zu können. So haben z. B. die sogenannten Q. C. welche man im römischen Rechtskörper antrift, freilich das mit einander gemein, daß a) keine unerlaubte Handlung dabei vorliegt, aber auch b) kein Kontrakt; wol aber c) ein erlaubter Vorgang, woraus, nach Vor-

schrift der Gesetze, eine Verbindlichkeit entspringt; so auch harmoniren die sogenannten Q. D. welche namentlich in den Gesetzen aufgeführt sind, darinnen, daß sie zwar a) eine unerlaubte Handlung voraussetzen, deren sich iedoch b) derienige, welcher dafür haften soll, nicht mit Vorsatz schuldig gemacht hat. Da man nun nicht für gut gefunden, tiefer in die Materie einzudringen; und sich um mehrere Merkmale zu bekümmern; so hat man es bei folgenden Begriffen bewenden lassen. Quasi contractus sunt facta honesta, quibus et ignorantes obligantur, quasi contraxissent, oder wie die mehrsten noch hinzusetzen, ex consensu ficto, siue praesumto — —. Ferner: Quasi delicta sunt facta illicita, sola culpa, sine dolo admissa. Nimmt man diese Begriffe als richtig an: So muß man auch natürlich die Folge gelten lassen, daß überall, wo die Verbindlichkeit aus erlaubten Vorfällen entspringt, iedoch kein Kontrakt unter den Parteien getroffen worden, ein sogenannter Quasi-Kontrakt, und überall, wo eine strafbare Handlung aus Fahrlässigkeit verübt worden, ein sogenannter Quasi-Delictum vorhanden sei. Allein hiebei gerät man sichtlich mit den Gesetzen selbst sehr stark in Kollision, weil solche nur eine gewisse Anzal von Rechtsfällen zu den erwähnten Klassen rechnen, welche in Gegenhalt der übrigen Fälle, die nach den gemeinen Lehrbegrif gleichfalls dahin gehören, äußerst geringe ist **). Es hat freilich Rechtsgelehrte gegeben, welche nichts desto weniger außer den im römi-

römischen Gesetzbuche wirklich also klassificirten Fällen, keine Q. C. und Q. D. zugeben wollen***), iedoch in Voraussetzung der obigen Definition, welche sie ebenfalls annehmen, sehe ich keine Rettung für ihre Lehre ab. Fühlbar wird und muß es inzwischen einem ieden unbefangenen Beurteiler sein, daß, wenn die römischen Gesetze selbst nur fünf Fälle der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, nur viere quasi ex delicto angeben; die Ausleger hingegen solche Anzal bald mit diesem, bald mit ienem Fall vermehren, bei welchem doch die Gesetze selbst iene Charaktere gar nicht gebrauchen, daß man, sage ich, in dieser Sache die gänzliche Gewisheit noch nicht erreicht haben müsse; und daß man folglich alle Ursache habe, gegen den gewöhnlichen Begrif mistrauisch zu werden. Läst sich eine Idee ausfindig machen, wornach die Q. C. und Q. D. lediglich auf die gesetzliche Anzal beschränkt bleiben; so ist solche allerdings den bisherigen Erklärungen vorzuziehen. Ich habe den Versuch gemacht, die Fälle, welche der römische Gesetzgeber ausdrücklich angiebt, von allen Seiten sorgfältig zu prüfen, und aus allen Kriterien derselben einen Begrif zu abstrahiren, dem ich iene Eigenschaft versprechen dürfte. Ich meine, in beiden Klassen der Verbindlichkeit Merkmale gefunden zu haben, welche zum Teil dem Forschen der bisherigen Ausleger ganz entgangen, zum Teil aber nicht gehörig von ihnen genußet sind. Wir wollen mit den sogenannten Quasikontrakten den Anfang machen.

Bekanntlich rechnen die römischen Gesetze folgende Rechtsfälle dahin: 1) Die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) den Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer den Societäts-Kontrakt, und ohne Auftrag der Mitintressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; 5) den Empfang einer Nichtschuld. Daß diese Geschäfte in folgenden Stücken mit einander harmoniren, ergiebt der Augenschein. 1) Schon nach der natürlichen Billigkeit entspringt daraus eine vollnkommene Verbindlichkeit. 2) Kein Theil hat dem andern ausdrücklich etwas versprochen. 3) Vielweniger ist durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung deklarirt worden. 4) Die Errichtung eines wirklichen Vertrags ist unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch teils überhaupt, teils nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung nicht wol möglich. Alles dieses ist freilich bekannt genug, bereits von meinen Vorgängern aufgesammlet, und in den Begrif übertragen worden. Nicht gänzlich so das folgende Kriterium. 5) Die Verbindlichkeit entspringt hier aus solchen Verhältnissen, welche sonst der Regel nach einen wirklichen Kontrakt voraussetzen, und sie ward daher in den genannten Fällen von den römischen Juristen gleichsam als Ausnahme von der Regel betrachtet — übrigens aber hat der Vorgang im

Ganzen

Ganzen etwas Analogisches mit dem, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist —. Ich kann dieses am besten dadurch erläutern, wenn ich nunmehro die einzelnen Fälle selbst in solcher Hinsicht etwas näher betrachte. Den Verwalter fremder Geschäfte, ohne Auftrag des Principals — den Vormund — und denjenigen, welcher gemeinschaftliche Angelegenheiten ohne Auftrag der Mitintressenten besorgt hat — können wir füglich mit einander verbinden. Daß die vier ersten Kriterien, welche wir oben angemerkt haben, hier sämtlich zutreffen, ist auffallend, bedarf also keiner weitern Erklärung; aber auch von dem fünften ist solches außer Zweifel. Die Geschäfte eines Andern verwalten — und das thut eine jede der genannten Personen — erfordert in der Regel Auftrag desjenigen, dessen Geschäfte betrieben werden. Wer sich ohne meinen Willen in meine Angelegenheiten melirt, handelt in der Regel ungültig, und ich bin durch sein Unternehmen nicht gehalten. Wie aber, wenn er, als Vormund, zu einer Zeit, da ich noch nicht kontrahiren, noch keinen Auftrag erteilen konnte, mein Intresse wahrnimmt, wenn er, da ich abwesend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, sich meinen eigenen, oder gemeinschaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet! In diesen Fällen, wo die Parteien wirklich in einem ähnlichen Verhältnisse, als mandans und mandatarius, und resp. als eigentliche socii stehen, soll auch, nach Vorschrift der Gesetze, eine Rechts-

 ver-

verbindlichkeit statt finden, gerade als ob ein wirklicher Auftrag erteilt, eine wirkliche Societät errichtet wäre, ob schon dergleichen weder ausdrücklich, noch stillschweigend, gegeben oder geschloßen worden —. Denken wir uns ferner die Verbindlichkeit des Erben in Ansehung der Vermächtniße und Fideikommiße: So werden wir auch dabei ein Gleiches antreffen.

Die Gesetze zwingen den Erben zur Antretung der Erschaft nicht; von derselben hängt aber gleichwol das ganze Recht der Legatarien ab. Wenn also der Antritt geschiehet: So handelt der Erbe nicht nur zu seinem eigenen, sondern auch zu des Legatarii Bestem, weil dieser dadurch allererst einen vollnkommenen Anspruch an den Nachlas erhält, welchen er sonst gar nicht hatte. Der Erbe handelt hier gerade so, als ein Bevollmächtigter würde handeln müssen, dem die Legatarien den Auftrag erteilt hätten, die Vermächtnisse für sie in Empfang zu nehmen, gehörig aufzubewahren, und an sie abzuliefern. — Denken wir uns endlich die condict. in debiti: So wird dadurch dasienige, was man einem andern freiwillig gegeben, wieder zurück gefordert. Dies setzt in der Regel einen Kontrakt, worin dergleichen Zurückforderung festgesetzt worden, zum voraus. Wer aber überzeugt ist, daß er etwas zu bezalen schuldig sey, und sich irret, dem kann die Repetition, ob er sich gleich solche nicht ausbedungen, dennoch nicht versagt werden. Hier geschieht also in effectu eben das, was wir beim mutuo antreffen,

daher

daher auch die Gesetze selbst sich des Ausdrucks bedienen: perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur. — *ꝟ. 6. I. de obligat. quae quasi ex contractu nasc.* Solchergestalt glaube ich die wahre Meinung der römischen Rechtsgelehrten nicht zu verfehlen, wenn ich nunmehro von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu folgenden Begrif angebe: Verbindlichkeiten, die aus solchen Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und in der Regel einen Kontrakt erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Kontrakt, ohne alles Versprechen und Zusage eben die Wirkung haben, als ob der Kontrakt, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. — Ich habe zur Zeit unter den Auslegern, so viele ich deren auch zu Rathe gezogen, keinen gefunden, mit dessen Autorität ich diesen Begrif durchgängig unterstützen könnte. Fast alle übergehen den Charakter, worauf der römische Jurist vorzüglich Rücksicht nahm, und woraus daher die Sache am besten erklärt werden kann, gänzlich. Der bekannte Joh. Ortw. Westenberg führt ihn zwar beiläufig an, iedoch ohne ihn in die Definition, welche er von der Sache giebt, mit aufzunehmen. Wir wollen inzwischen seine Worte, da sie unserm Vortrag einigermaßen zur Unterstützung dienen, ganz hersetzen: Quaedam sunt negotia propter aequitatem non tantum obligatoria, *sed et contractibus similia*, quae proinde quasi contractus recte

recte dici potuerunt. Negotiorum enim gestio et tutelae administratio *similes sunt mandato*, nec non quodammodo hereditatis aditio. Rei communio vero similis est societati, et indebiti solutio mutuo. Vt adeo mirum videri non debeat, isthaec negotia, prae aliis, in quibus tanta similitudo cum contractibus non inuenitur quasi contractus vocari ****). Da nun, nach den Maximen der römischen Juristen, die Form der Rechtsgeschäfte fast durchgängig in Verträgen bestand: So darf es uns nicht weiter befremden, daß sie in den erwähnten Fällen, wo ein wirklicher Kontrakt nicht angebracht werden konnte, zum wenigsten doch die Aehnlichkeit, welche der Vorgang im Ganzen mit einer kontraktlichen Vereinbarung zu haben schien, so wenig außer Acht ließen, daß sie vielmehr einen bestimmten Charakter der Verbindlichkeit und ihrer Entstehungsart daraus hernahmen. Dies ist der natürlichste Aufschlus der römischen Theorie von den Verbindlichkeiten quae quasi ex contractu nascuntur; einer Lehre, die außer der fast übertriebenen Subtilität, noch manche andere Unbequemlichkeit mit sich führet, in der Folge aber von den Auslegern unglaublich gemisdeutet und entstellet ist. Jedoch davon unten mit Mehrerm.

*) Juristische Abhandlungen und Beobachtungen von Dr. Meurer. Erste Samml. Leipz. 1780. pag. 18. (Not. *)

**) Nach den gewöhnlichen Begriffen muß man alle und iede aus Fahrläßigkeit begangene Verbrechen

chen zu den sogenannten quasi delictis zählen. Welch ein Umfang in Vergleich mit den wenigen Fällen, welche das römische Gesetzbuch dahin rechnet. Mit den sogenannten Quasikontracten geht es eben so. Alles dieses wird sich unten §. 24. u. folg. wo man die vorzüglichsten Fehler der Ausleger besonders durchgehen wird, noch deutlicher ergeben.

***) J. O. WESTENBERG Diss. II. de causis obligat. cap. 3. §. 20. sequ.

****) a. a. O. §. 13. 14. 15.

§. 10.

Unter den sogenannten quasi delictis verstehen die Lehrbücher strafbare Handlungen, welche nicht mit Vorsatz, sondern aus Fahrlässigkeit verübt worden. Daß aber nach dem ächten Sinn des römischen Rechts die Sache sich anders verhalte, ist leicht zu erweisen. Schon **Ulrich Huber** hat über die gewöhnliche Lehre seine Bedenklichkeiten geäussert. Affinitas, schreibt er, per quam hae species quasi delicta seorsim constituunt, non consistit in culpa. Si quidem et veris delictis aliquando conuenit. Sed in qualitate mali moris quam lex sine dolo rei actione persequitur. Er ist darüber mit **Thomasius** in einen weitläuftigen Streit geraten 25). Neuerer Zeit hat der Herr Prof. **Woltaer** den gemeinen Lehrbegrif mit vielem Scharfsinne bestritten; und die Sache dahin erkläret: Est, si quid video, quasi delictum factum illicitum, ciuiliter alicui imputabile, quod ei moraliter imputari nequit 26). So

gewis es also ist, daß auch Fahrlässigkeit ihrem Urheber moralisch imputiret werden kann: So unstreitig giebt sie nach der Definition des Herrn Prof. Woltaer keinen unterscheidenden Charakter des sogenannten quasi delicti. Ob und in wie ferne dies gegründet, oder der gemeine Begrif vorziehen sey? läst sich am besten daraus beurteilen, wenn wir die Handlungen und Vorfälle selbst, woraus nach römischen Rechten die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, ihrer innern Beschaffenheit nach genau prüfen. Selbst eine bestimmte Erklärung dieser Gattung der Verbindlichkeit liefert der römische Rechtskörper nicht; daher uns zur Bildung eines richtigen Begrifs davon nichts weiter übrig bleibt, als denienigen Merkmalen nachzuforschen, welche den dahin gerechneten Fällen sämmtlich gemein sind, und daraus eine universelle Notion zu abstrahiren.

25) HUBER praelect. iur. civ. Lib. IV. inst. Tit. V. und daselbst Thomasius in den Noten.

26) Observ. iur. civil etc. Tom. I. Obs. 18. p. III.

§. II.

Alle vom Kayser Justinian in seinen Institutionen 27), und von dem Juristen Gajus 28) zu dieser Klasse gerechnete Handlungen kommen darin mit einander überein, daß sie 1) an sich nicht erlaubt sind, noch von irgend einem Gesetzgeber ie gebilligt werden können. Es wird aber 2) gerade wider denienigen eine Klage daraus gestattet,

gestattet, welcher entweder moralisch betrachtet, ganz unschuldig seyn kann, oder doch wenigstens nach sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts eigentlich für die Handlung gar nicht haften darf 29). Weil ihn aber gleichwol das Gesetz verbindlich machte: So hieß es, er sollte quasi ex delicto — gerade als ob er selbst etwas verbrochen hätte, aus der Handlung gehalten sein, die blosse Fahrlässigkeit hingegen wird mit keinem Worte als ein unterscheidender Charakter dieser Art Verbindlichkeiten angegeben. Eine kurze Betrachtung der einzelnen Fälle selbst, wird dies näher rechtfertigen.

27) Lib. IV. Tit. V. de obligat, quae qu. ex del. nasc.

28) L. 5. §. 4. 5. 6. D. de O. et A.

29) Warum wir dieses dem Begriffe, welchen Herr Woltaer vorträgt, hinzufügen, wird sich bald näher ergeben.

§. 12.

Bekanntlich rechnen die Gesetze dahin 1) wenn der Richter aus Versehen und Unwissenheit einem streitenden Theile zu nahe gethan. Ist dies nicht culpa? wird man fragen, und scheint es nicht den gewöhnlichen Begrif des sogenannten quasi delicti zu rechtfertigen? Ich zweifle sehr, ob die Definition, welche Herr Prof. Woltaer angiebt, sich gegen diesen Einwurf behaupten werde. Nimmt man aber einen andern Umstand, welcher hier vorzüglich in Betrachtung kommt, zur Hülfe:

So wird die Sache eine andere Gestalt gewinnen. Denn, gesetzt auch, daß die Handlung an sich betrachtet moralisch imputabel sey: So war sie es doch nach sonstigen Grundsätzen des strengen Civil-Rechts eigentlich nicht, wie man aus folgenden Gründen deutlich wahrnehmen kann. Unstreitig ist es ein ars liberalis, welche der Richter, als Rechtsgelehrter, ausübt. Er verrichtet sein Amt nicht mercede conductus, und durch keinen Vertrag und Gedinge hat er sich den Parteien verbindlich gemacht. Unter diesen Umständen konnte ihm nach der Analogie des römischen Rechts, eigentlich nur der dolus, und die gröbste Fahrlässigkeit als ein Verbrechen angerechnet werden. Schon dasienige, was **Ulpian** bei einer andern Gelegenheit vorträgt 30) könnte uns hier einen zureichenden Aufschlus geben. Ideo hanc *actionem in factum* aduersus mensorem praetor proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse; sed magis *operam beneficii loco praeberi.* Haec igitur actio *dolum malum duntaxat* exigit. Visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus *solus* conueniatur eius hominis, qui *ciuiliter obligatus non* est. Lata culpa plane dolo comparabitur. Hiemit vergleiche man nun die gesetzliche Vorschrift: Iudex tunc litem suam facere intelligitur, quum *dolo malo* in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo videtur hoc facere, si euidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes

sordes 31), und man wird nicht länger mehr daran zweifeln, daß nach dem strengen Rechte ein streitender Theil nur dann erst befugt sei, wegen einer ungerechten Verfügung den Richter selbst in Anspruch zu nehmen, wenn er ihn der vorsätzlichen Parteilichkeit, oder groben Unachtsamkeit völlig zu überführen im Stande ist. Euidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes. Daß nun in solchem Falle der Richter eines wahren Verbrechens schuldig, nicht aber quasi ex delicto gehalten sei, läst sich durch Gesetze beweisen, und ist auch von den Gelehrten längst als ungezweifelt angenommen worden 32). Gleichwie es aber überhaupt im römischen Rechte nichts seltenes ist, daß das sogenannte strenge Recht, durch vordringende Billigkeit hin und wieder gemildert, ia oft ganz entkräftet wird: So konnte dies auch hier nicht lange ausbleiben. Soll den Richter allein nur der böse Vorsatz, und grobe Nachlässigkeit verantwortlich machen: So sind die Parteien meistens übel daran; indem ihnen einenteils ein Beweis obliegt, welcher mit vielen und grossen Schwierigkeiten verbunden ist, und anderenteils die Unachtsamkeit des Richters schon sehr grossen Schaden anrichten kann, ehe sie bis zum Grad der culpae latae hinauf steigt. Gründe genug, von der Disposition des strengen Rechts dahin abzugehen, daß nicht nur vorsätzliche Ungerechtigkeit, sondern iede andere Uebereilung den Richter verantwortlich machen sollte. Daher die actio in factum contra iudicem, qui litem, suam

fecerit

fecerit 33), wobei es nicht darauf ankam, ob der Richter nach Anleitung des strengen Rechts ein Verbrechen im eigentlichen Verstande begangen hatte, allein eben darum auch der Ausdruck quasi ex delicto gebraucht ward, um anzudeuten, daß der Beklagte nicht weniger verbindlich sei, als wenn er sich eines eigentlichen Verbrechens schuldig gemacht hätte. Si iudex, so lauten die Worte des Gajus 34), litem suam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, et vtique peccasse aliquid intelligitur, licet per *imprudentiam*, ideo videtur, quasi ex maleficio teneri in factum actione. Da der Rechtsgelehrte hier mit Erläuterung der nach der natürlichen Billigkeit eingeführten actionis in factum beschäftigt ist, so siehet man, auch ohne mein Erinnern, sehr leicht ein, daß der Ausdruck: iudex litem suam fecerit, nicht in der strengen Bedeutung, welche **Ulpian** 35) davon vorträgt, sondern in der, wegen vordringender Billigkeit eingeführten Extension genommen werde. Denn von demienigen, cuius euidens est dolus, gratia, vel inimicitia, wie **Ulpian** ihn beschreibt, konnte Gajus wol nicht sagen: non proprie ex maleficio tenetur. Er selbst erklärt sich hierüber deutlich genug, wann er hinzufügt: Peccasse vtique aliquid intelligitur, *licet per imprudentiam*, et ideo, (weil nämlich das strenge Recht ihn darum noch nicht sogleich verantwortlich machte,) videtur quasi ex maleficio teneri.

30)

30) L. 1. D. Si mensor falsum modum dixerit.

31) L. 15. §. 1. D. de iudiciis.

32) L. ult. C. de pœna iud. qui male iudic. Nov. 124. c. 2. VOET, Comment. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 58. HOEPFNER elem. jur. civil. §. 1130. VINNIUS pr. I. de obligat. quæ quasi ex delicto nasc.

33) L. 6. D. de extraord. cognit. Einige Rechtslehrer haben behaupten wollen, daß auch diese actio in factum blos wegen der groben Fahrlässigkeit gegen den Richter statt finde, daß aber culpa levis oder levissima ihm in keinem Betrachte zur Last fallen könne. So lehrt Joch. HOPP ad pr. I. de obligat. quæ quasi ex delicto nasc. verb. *per imprudeutiam.* Ihm treten bei LEYSER spec. 680. m. 2. p. 49. *J. L.* SCHMIDT Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1295. u. a. m. Allein diese Meinung, welche warscheinlich daher entstanden ist, daß man die verschiedenen Gegenstände der L. L. 15. §. 1. D. de iudiciis. L. ult. C. de poen. iud. qui male iudic. Nov. 124. c. 2. allwo von einem wahren Verbrechen die Rede ist und des angeführten pr. J. de oblig. quæ qu. ex del. imgleichen L. 6. D. de extraord. cogn. und L. 5. §. 4. de O. et A. woselbst die Verbindlichkeit quasi ex delicto hergeleitet wird, nicht gehörig beachtet hat, läßt sich bei näherer Prüfung gar nicht annehmen. Denn darinn sind, wie gesagt, die Juristen sämtlich einverstanden, daß der Richter, wenn er aus Gunst, Feindschaft, oder Gewinnsucht vorsätzlich ungerecht verfährt, sich eines wahren Verbrechens schuldig mache. Mit diesem aber rechnet ia Ulpian L. 15. §. 1. D. de jud. die grobe Unachtsamkeit in eine Klasse: dolo autem malo hoc facere videtur, si evidens eius arguatur, vel gratia,

gratia, vel inimicitia, *vel etiam sordes*. Hieraus folgt, meinem Bedünken nach, ganz klar, daß die Unvorsichtigkeit (imprudentia) welche nach der Lehre des **Gajus** den Richter nur quasi ex delicto verantwortlich machen soll: unmöglich mit der groben Fahrläßigkeit (sordes) welche **Ulpian** dem Dolus gleichschätzet, für eins genommen werden könne. **Berger** setzt daher das sogenannte quasi delictum des Richters in der culpa levi. *Oeconom.* iuris Lib. 3. Tit. 12. §. 2. not. 1. Jedoch da der Grad der Nachläßigkeit, wofür iemand haften muß, natürlich nach den Grad des Fleißes, wozu er verbunden ist, seine Bestimmung erhält: und der Richter offenbar die Verbindlichkeit auf sich hat, sein Amt mit möglichster Sorgfalt zu verrichten: So finde ich kein Bedenken, der Lehre eines unserer bewährtesten Juristen beizupflichten, welche dahin gehet: *quamcunque culpam* iudicis hac in re sufficere, quemadmodum in lege aquilia et actione de damno dato quaecunque culpa sufficit, ex qua laesio orta est. *F. E.* PUFENDORF de Culpa P. VII. C. 2. §. 6.

34) L. 6. D. de extraord. cognit. Die Worte: non proprie ex *maleficio*, welche in diesem Gesetze vorkommen, sind, wie oben bereits gezeigt worden, lediglich in Rücksicht auf das strenge bürgerliche Recht zu verstehen. Dies bestärkt auch **Pufendorf**, wenn er schreibt: Leges civiles vocabulo maleficii hunc in modum utuntur, ut *civile* maleficium eo intelligant, non naturale. Nam naturaliter quidem omnis actio prava maleficium est, cum quo et poena connexa est. Sed civilia iura civilem poenam intelligunt a legislatore civili propositam. Tr. de culpa P. VII. C. 1. §. 3.

35) L. 15. §. 1. D. de iudiciis.

§. 13.

Bei dieser Gelegenheit wird es nicht undienlich sein, eine Frage zu erörtern, deren Auflösung den Rechtsgelehrten von Zeit zu Zeit viele Schwierigkeiten gemacht hat. Die römischen Gesetze zählen, wie wir bisher gesehen haben, die Verbindlichkeit des Richters, welcher aus Unachtsamkeit litem suam gemacht hat, zu den obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. Woher kommt es also, daß die Handlung des Arztes, welcher nicht mit Vorsaz, sondern durch seine Ungeschicklichkeit iemand beschädigt hat, nicht gleichfalls zu dieser Klasse der Verbindlichkeiten gerechnet, sondern vielmehr §. 7. I. de L. Aquil. als ein wahres Verbrechen aufgeführt worden? Es ist unglaublich, wie sehr diese vermeinte Schwierigkeit die Ausleger beschäftigt hat, und wie mancherlei Wendungen bald von diesem, bald von ienem, aufgeboten sind, um die verschiedenen Geseze mit einander zu vereinbaren. Uns ist die Untersuchung der gedachten Streitfrage desto wichtiger, weil wir dadurch in Stand gesezt werden, den gewöhnlichen Lehrbegrif, wonach der Unterschied inter verum et quasi delictum, wie man sich ausdruckt, lediglich darauf beruhen soll, daß ienes mit Vorsaz, dieses hingegen aus Unachtsamkeit verübt worden, völlig zu widerlegen. Wäre die Meinung des Thomasius 36) richtig: so würde es sich kaum der Mühe verlonen, über den ganzen Dispüt ein Wort weiter zu verlieren.

Denn es ist, sagt er, ganz ungegründet, wenn man den Arzt, welcher nicht vorsätzlich, sondern durch Unwissenheit Schaden angerichtet hat, eines wahren Verbrechens beschuldigen will. Er hat eben so, wie der Richter in erwähntem Falle, nur ein sogenanntes quasi delictum begangen; folglich ist hier in den Gesetzen gar keine Verschiedenheit anzutreffen. Allein, so umständlich er sich auch in mehrern Schriften über dieses Sujet verbreitet hat: so wird es die Folge doch ergeben, daß er die Sache keinesweges getroffen habe. Sonderbar ist es freilich, daß selbst unter denen, welche das Wesen der uneigentlichen Verbrechen in der Fahrläßigkeit setzen, die mehrsten in ienem Punkte von ihm abweichen, und dadurch selbst zu erkennen geben, daß der von ihnen angenommene Begrif, wo nicht offenbar unrichtig, doch gewis ungemein schwankend sei; und man muß wenigstens dem **Thomasius** die Gerechtigkeit wiederfahren lassen, daß er unter den Verteidigern der gewöhnlichen Idee des uneigentlichen Verbrechens seiner Behauptung selbst nicht untreu worden. Ein Fehler, dessen sich die übrigen hier offenbar schuldig machen. Denn giebt man zu, daß Vorsatz und Fahrläßigkeit die Kriterien sind, worauf die mehrgedachte Einteilung der Verbrechen sich gründet: so muß man auch dem **Thomasius** beipflichten, wenn er die unvorsätzliche Vergehung des Arztes zu den sogenannten quasi delictis rechnet. Inzwischen gewinnet die Meinung dieses Rechtsgelehrten dadurch noch nichts,

daß

daß er Gegner gefunden, die ihm nach ihren eigenen Grundsätzen nie wiedersprechen musten. Die wahre Beschaffenheit und Natur der Sache ist dem Thomasius nichts desto weniger entgegen. Denn 1) finden wir in dem ganzen römischen Rechtskörper nicht die geringste Spuhr davon, daß die ältern Juristen das Wesen der Verbindlichkeit quasi ex delicto in der alleinigen Fahrläßsigkeit dergestalt gesezt hätten, daß überall, wo ein delictum culposum vorhanden, sofort auch die Verbindlichkeit zu iener Klasse übergegangen. Wäre dies in der That die Theorie der Alten gewesen: So würde 2) in dem, dieser Materie ganz gewidmeten 5ten Titel des 4ten Buchs der Institutionen, die Sache grade zu angegeben, und daselbst von denen aus Fahrläßsigkeit begangenen Verbrechen gehandelt sein. Wir finden aber weder in dem angeführten Titel der Institutionen, noch in der gleichlautenden L. 5. D. *de Obl. et Act.* mit irgend einem Worte angemerkt, daß man einen Gegenstand, welcher von dem grösten Umfange ist, und über alle und jede Verbrechen, die mit Vorsaz sowol, als aus Unvorsichtigkeit begangen werden können, sich verbreitet, dabei zum Vorwurf gehabt hätte. Gegenteils sind die einzelnen Fälle, wo der Verbindlichkeit die gedachte Determination quasi ex delicto beigefügt wird, von der Beschaffenheit, daß dabei offenbar etwas anders, als bloße Fahrläßigkeit zum Grunde liegt; und folglich diese einzelne Fälle zur Erläuterung der

 Lehre

Lehre von Verbrechen, die aus Unachtsamkeit verübt worden, keine zutreffende Beiträge liefern. In Ansehung des Richters, welcher die Streitsache zu der seinigen gemacht hat, haben wir solches schon deutlich wargenommen, und, was die übrigen Fälle anbetrift, so wird die Folge auch bei ihnen ein gleiches ergeben. 3) Selbst da, wo die römischen Gesetze bei den uneigentlichen Verbrechen der culpae gedenken, geschiehet es auf einer, allein schon dazu hinreichenden Art, um den gewöhnlichen Begrif ganz unrichtig zu finden. So heist es an einer Stelle 37): Is, ex cuius caenaculo deiectum aliquid est, ideo non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quoniam plerumque ob *alterius culpam* tenetur; und an einer andern: 38) Exercitor nauis de damno aut furto, quod in navi factum est, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem exercet, quum *aliquatenus* culpae reus est, quasi ex delicto teneri videtur. Ist darum die Verbindlichkeit nur *quasi* ex delicto, weil sie denjenigen trift, der ob *alterius* culpam leiden soll: Ist sie es darum nur, weil man höchstens nur einigermaßen — *aliquatenus*, nicht aber mit völliger Gewisheit und ganz bestimmt eine Unachsamkeit annehmen kann: So verhält sich die Sache unstreitig anders, wenn von einer ungezweifelten culpa *propria* die Rede ist. Hätten die Ausleger nur dieses ihrer Attention nicht entgehen laßen: nie würden sie sich einen Begrif von der Sache

gebil-

gebildet haben, welcher dem Sinn der Geseze nichts weniger, als angemessen ist. 4) Ueberall, wo in unsern Rechtsbüchern von den mehrerwähnten uneigentlichen Verbrechen die Rede ist, wird folgendes zur Erläuterung angeführt: quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, videtur quasi ex maleficio teneri. Allein wenn im Aquilischen Geseze der Fahrläßigkeit gedacht wird, so vermißt man diese Bestimmung gänzlich; es heißt vielmehr grade zu: non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur. 39) Und wäre der angegebene Grund: quia non ex maleficio tenetur, von der Nachläßigkeit zu verstehen; wie hätte Ulpian 40) und mit ihm alle übrige römische Juristen das damnum iniuria datum, als ein unstreitiges maleficium, folgender gestalt erklären können: iniuriam hic accipere nos oportet, quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit. Diese bisher angeführten Gründe sezen es über allen Widerspruch hinweg, daß eine aus Fahrläßigkeit geschehene Uebertretung verbietender Geseze an sich nach dem wahren Sinn des römischen Rechts noch kein sogenanntes quasi delictum ausmache, und daß mithin der Arzt, welcher aus Ignoranz oder Unvorsichtigkeit Schaden angerichtet hat; vermöge des Aquilischen Gesezes aus einem wahren Verbrechen gehalten sei. Nicht so der Richter, welcher aus Unwissenheit oder Nachläßigkeit litem suam gemacht hat. Diesen machen die Geseze nur quasi

 ex

ex delicto verbindlich. Woher die Verschiedenheit? das ist die Frage, welche wir iezt näher untersuchen wollen.

36) In notis ad HUBERI praelect. jur. civil. secund. ord. inst. Lib. IV. Tit. V. imgleichen in Diss. de usu practico actionis contra iudicem imperite iudicantem Halae 1714.

37) §. 1. J. de obl. quæ qu. exdel.

38) §. 3. J. ibid.

39) §. 3. J. de lege aquilia.

40) L. 5. §. 1. D. ad l. aquil.

§. 14.

Ich muß gestehen, unter den verschiedenen Antworten auf diese Frage noch keine ganz befriedigend gefunden zu haben. Die Unwissenheit des Arztes, sagen einige 41), ist darum sträflicher, als dieienige des Richters, weil iener sich selbst für einen solchen ausgiebt, der die Geschicklichkeit besitzt, Krankheiten zu heilen, diesem hingegen die Entscheidung der Rechts-Sachen nicht blos darum übertragen wird, weil er sich für einen Rechtsgelehrten ausgegeben, sondern, weil er durch öffentliche Autorität dazu bestellet worden. Der Arzt, setzen andere 42) hinzu, übernimmt die Heilung des Kranken freiwillig; hingegen der Richter muß auch wider Willen sein Amt verwalten. Auf ihn konnte sich das Aquilische Gesetz nicht so schicklich, als auf den Arzt erstrecken, weil dieser den Körper selbst beschädigt, folglich

folglich einen Nachteil anrichtet, welchen das erwähnte Gesetz buchstäblich zum Gegenstande hat, der Richter hingegen durch seinen üblen Ausspruch keine körperliche Verletzung unternimmt. 43). Daß diese vermeinten Auflösungen nicht hinreichend sind, der Schwierigkeit abzuhelfen, zeigt sich bei näherer Prüfung sogleich. Eben darum, weil ihm unter öffentlicher Autorität die Verwaltung der Justiz übertragen worden, ist der Richter um so mehr verbunden, die gröste Sorgfalt darauf zu verwenden, ie gewisser es ist, daß Beschäftigungen, womit wir dem Staat selbst dienen, unter die wichtigsten unsers Lebens gehören. Es sei, daß der Arzt freiwillig die Heilung des Kranken auf sich nimmt, der Richter aber die Entscheidung streitiger Rechtssachen übernehmen müsse; kann dies wol an sich auf Imputation der Fahrlässigkeit einen Einflus haben? Der Gedanke, daß des Arztes Ignoranz darum sträflicher sei, weil er sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, und dadurch veranlast, daß er zum Kranken gerufen wird, der Richter hingegen sein Amt auch wider Willen verwalten muß, dieser Gedanke dient zu nichts, als den Knoten, den er auflösen soll, noch mehr zu verwickeln. Das römische Gesetzbuch schliest denienigen mit Recht vom Richterstuhl aus, dem die Fähigkeit abgeht, Rechtshändel gehörig untersuchen, und entscheiden zu können. Wem also dies wichtige Amt anvertrauet wird, von dem sezt man zum voraus, daß er die dazu erforderlichen Eigenschaften besitze, und

indem er es übernimmt, giebt er sich allerdings für denjenigen aus, dem Geschick und Fähigkeit dazu beiwohnt. Der Einfall, daß das Gesetz des Aquilius eigentlich nur körperliche Verletzungen zum Gegenstande habe, und darum zwar wol der Arzt, nicht aber der Richter aus einem wahren Verbrechen gehalten sei, verdient kaum eine Antwort. Er betrift eigentlich nur die Frage: warum die Klage aus dem Aquilischen Gesetze nicht in beiden Fällen statt finde? keinesweges aber die Ursache, warum in dem einen Fall die Verbindlichkeit ex vero, in dem andern aber nur quasi ex delicto hergeleitet wird? Wiederum beweist er zu viel, denn der Richter, welcher **mit Vorsatz** ungerecht verfährt, macht sich unstreitig eines wahren Verbrechens schuldig, wenn gleich seine Handlung dem Buchstaben des gedachten Gesetzes nicht zuwiderläuft. Ueberhaubt ist zwar endlich der Schade, welcher nicht in körperlicher Destruktion bestehet, kein eigentlicher Gegenstand der Verordnung des Aquilius, aber sicher gehört er darum noch nicht zu den Verbindlichkeiten, quae quasi ex delicto nascuntur. Ohne dieser Determination im geringsten zu gedenken, heist es davon am Ende des Titels der Institutionen de Lege Aquilia dahin: Sed, si non corpore damnum datum fuerit, neque corpus laesum fuerit, placuit eum, qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri.

41) VINNIUS *Comment. ad instit.* Lib. IV. Tit. V. §. 1. n. 1.

42) HVBER ad inst. Lib. 4. Tit. 5. n. 3.

43) Huber cit. loc.

§. 15.

Da wir nun solchergestalt die Bemühungen auch der vortreflichsten Rechtsgelehrten in diesem Stücke ganz vergeblich finden; sollen wir denn alle Hofnung, einen zutreffenden Grund der mehrgedachten Verschiedenheit angeben zu können, gänzlich fahren lassen? Wirklich haben einige Ausleger 44) so gedacht, und sich daran begnügt, auch hier mit dem Julian 45) zu sagen: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest. Jedoch vielleicht darf ich den Beifall des geneigten Lesers einer Koniektur versprechen, welche ich aus den oben bereits entwickelten Grundsätzen abstrahirt habe, und welche ich nunmehro zur weitern Prüfung vorzulegen, keinen Anstand nehme.

44) WISSENBACH disput. 43. ad institut. th. 22.

45) L. 20. D. de legibus.

§. 16.

Die Ursache, warum die Unvorsichtigkeit des Richters nach römischen Rechten kein wahres Verbrechen im eigentlichen Verstande ausmacht, bestehet, wie oben §. 12. mit mehrerm ausgeführt worden, nicht sowol in der Fahrlässigkeit an sich, noch weniger darinn, daß das Versehen

des Richters durchaus nicht für moralisch imputabel zu achten, sondern einzig und allein in der einmaligen Disposition des strengen Rechts, wonach er nur durch bösen Vorsatz und grobe Unachtsamkeit verantwortlich ward. Will man also den Grund, warum das Versehen des Arztes nicht nach gleichen Grundsätzen behandelt worden? erforschen; so siehet ein ieder sehr leicht, daß es einen Teils überflüßig sei, wenn man sich bemühet, die Handlung des Richters in Vergleichung mit derienigen des Arztes weniger sträflich, und an sich weniger imputabel darzustellen; andern Teils aber, daß man auf diesem Wege das vorgesteckte Ziel desto weniger erreichen könne, ie unmöglicher es ist und bleibt, zu beweisen, daß der Richter, sobald er nur nicht mit Vorsatz und grober Fahrlässigkeit unrecht handelt, auch darum schon ganz und gar außer Schuld sei. Besser wird die Sache sich aufklären, wenn man, wie billig, die Untersuchung darauf richtet: Ob nicht nach dem besondern Verhältnisse, worinn sich die Aerzte bey den Römern befanden, das strenge Recht in Ansehung ihrer ganz anders lautete, als wir es, so viel den Richter betrift, gefunden haben. War der leztere darum, weil er die Rechtswissenschaft, als eine artem liberalem ausübte, — weil er nicht durch Lohn gedungen, sein Amt verwaltete — nicht durch Vertrag oder Gedinge den Parteien sich verbindlich gemacht hatte, — nach strengen Rechten nur im Fall eines doli oder latae culpae gehalten; und ward eben darum, als man

es

es in der Folge unbillig fand, ihm alles übrige Versehen ungestraft hingehen zu lassen, die Wendung: quasi ex delicto gebraucht; so verhielt sich doch, was die Aerzte anbetrift, die Sache bei weitem ganz anders.

§. 17.

Lange ward die Arzeney-Kunde, wie sie es nach ihrer damaligen Beschaffenheit auch wohl nicht anders verdiente, von den Römern unter die schmuzigen Gewerbe, und unfreien Künste — artes sordidas, et illiberales — gezählet; die Wissenschaft selbst war das nicht, was sie nach der Zeit geworden, und iezt ist; ihre Bekenner nichts weniger, als was sie zu unsern Zeiten sind, vielmehr ganz der Achtung unwürdig, worauf sie bei uns mit völligem Recht Anspruch machen. Die ganze Kunst bestand, wie Seneca behauptet 46) in scientia paucarum herbarum, quibus sisteretur fluens sanguis, et vulnera coirent paullatim. Der Nahme eines Medici ward auch solchen Leuten beigelegt, für die man ihn heutiges Tages etwas zu ehrwürdig finden dürfte. Nach dem Zeugniß des **Ulpian** 47) gehörten sogar Hebammen, und dieienigen dahin, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur, vt puta si *auricularius*, si *fistulae*, vel dentium. Nicht also blos dieienigen, welche durch diätetische Regeln, und Anordnung der Medikamente die Kur eines Kranken besorgen; sondern auch

dieie-

diejenigen, welche bei den schmuzigsten, grösten- teils in Händewerk bestehenden Beschäftigungen selbst mit Hand anlegten, machten auf den Nahmen eines Medici Anspruch 48).

46) Epist. 95.

47) L. 1. §. 1. sequ. D. de extraord. cogn.

48) Qui medicinam olim faciebant, non tantum præscripta victus ratione, aut medicamentis aegros iuvabant, sed et *sectionibus* et *ustionibus* faciendis, vulneribus obligandis, *clisteribus præbendis*, emplastris et colliriis imponendis, manum admovebant. *Medicus Romanus Servus LX. solidis aestimatus.* Lugduni 1671. 8vo. §. 6. Daher Ulpian, nachdem er von den Geräten eines Fleischers gehandelt hatte in L. 18. §. 10. D. *de instruct. vel instrum. leg.* fortfährt: In instrumento medici esse collyria, et emplastra, et caetera eius generis Cassius refert. Was sonst noch von diesen sogenannten medicis verrichtet zu werden pflegte, ist aus der besondern Konstitution des Kaisers Hadrian, deren in L. 4. §. 2. D. ad L. cornel. gedacht wird, nicht undeutlich abzunehmen: Nemo liberum servumve invitum, sinentemve castrare debet, neve quis se sponte castrandum praebere debet; ac si quis adversus edictum meum fecerit, *medico quidem*, *qui exciderit*, capitale erit, item ipsi, qui se sponte castrandum praebuit. So schreibt auch Paullus Lib. V. recept. sentent. tit 22. §. 3. Cives romani qui se iudaico ritu vel servos suos circumcidi patiuntur, bonis ademtis in insulam perpetuo relegantur, *medici* capite puniuntur. Daß auch das Aderlassen eine vorzügliche Beschäftigung iener Aerzte gewesen, erhellet teils aus Gesetzen: L. 7. in fin. L. 8. D. §. 7. J.

de

de lege aquilia, teils aus andern Nachrichten zur Genüge. Beim Cicero *in Pison.* heist es: sed ei medico, quem tecum duxeras, imperasti, ut venas hominis incideret. Diese Worte des Cicero können beiläufig einer Stelle in dem römischen Rechtskörper, worüber die Kritiker in ihren Meinungen geteilt sind, den Aufschlus geben. Alfenus L. 26. D. de operis libert. druckt sich also aus. Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum. Haloander glaubt man müsse hier statt imperantes lesen: implorantes. Gothofred hält diese Veränderung an sich zwar schicklich, glaubt aber doch, daß man derselben entraten könnte, denn, sagt er: imperans bedeutet hier nichts anders, als medicum, qui imperat, et præscribit medicamenta. Allein dann hat das Gesetz gar keinen vernünftigen Sinn. Am richtigsten versteht man unter den imperantibus diejenigen welche die Hülfe des Arztes verlangen. Dies beweist nicht allein Cicero am angeführten Orte, sondern auch Seneca de beneficiis lib. 6. in den Worten: Medicus me non tanquam amicum vidit, sed tamquam imperatorem; imgleichen an einer andern Stelle: Lib. 3. de beneficiis: *imperavit* medico, ut venenum sibi daret.

§. 18.

Schon hieraus ist leicht zu begreifen, daß dergleichen Handthierung keine sonderliche Achtung verdienen konnte. Das persönliche Verhältnis dererjenigen, welche damit umgingen, kam hinzu. Gewöhnlich waren es Knechte, und freigelassene, wie sich aus mehrern Gesetzen, und sonstigen

Nachrichten des Altertums deutlich erweisen läßt 49). Vorzüglich aber verdienen hier zwei Konstitutionen des Kaisers Justinian 50) angemerkt zu werden, worin der ordentliche Wehrt solcher Sclaven, um darauf bei Erbteilungen oder andern Vorfällen Rücksicht zu nehmen, bestimmet worden. Leisteten die sogenannten Medici einen Kranken für Gebühr ihre Hülfe: So war dies den Gesetzen nach nichts anders, als eine locatio operarum 51). Und ihre Verbindlichkeit ward nach eben den Grundsätzen bestimmt, welche im Ganzen bei diesem Kontrakt obwalten. Gleichwie nun überhaupt wider denienigen, der seine Arbeit einem andern vermietet, und, es sei nun vorsätzlich oder aus Unachtsamkeit, bei dieser Gelegenheit Schaden angerichtet hat, nach Römischen Rechten eine gedoppelte Klage statt findet, teils aus dem Kontrakt selbst, teils aus dem Aquilischen Gesetze 52): So verhält sich auch in Ansehung des Medici nach klarer gesetzlicher Vorschrift 53) die Sache nicht anders. Hier fehlt also so viel, daß ausser den Fall eines bösen Vorsatzes, und grober Fahrlässigkeit eigentlich keine Klage gestattet sein sollte, daß vielmehr solche, selbst dem strengen Rechte nach, allerdings zulässig war. Und hieraus leuchtet, meiner Meinung nach, der Grund des Unterschiedes, welchen das römische Recht zwischen der dem dolo nicht gleich zu schätzenden Fahrlässigkeit eines Arztes, und eines Richters in Bestimmung der Verbindlichkeit beobachtet, ziemlich deutlich hervor.

49) L. 41. §. 6. D. de fideicommiss. libert. L. 16. §. 1. D. de alim. legat. L. 10. §. vlt. D. de annuis legat. L. 25. §. 2. L. 26. D. de oper. libert.

50) Sin autem aliqua arte praediditi sunt, exceptis notariis et medicis vsque ad triginta solidos pretium eorum redigi. Sin autem notarius sit, vel medicus, sive masculus, sive femina, notarius quidem usque ad qinquaginta, medicus autem usque ad sexaginta taxetur. L. 1. §. 5. C. de comm. serv. manum. L. 3. pr. C. comm. de legat. Hiebei ist nach zu lesen die obenangeführte Abhandlung: Medicus romanus servus LX. solidis aestimatus. §. 9. woselbst man auch verschiedene Zeugnisse aus den Schriften des Cicero, Seneca, Plutarch, und Quintilian über diesen Punkt gesammlet findet. Es ist freilich nicht zu leugnen, daß nach und nach bei den Römern, zumal unter den Kaisern solche Aerzte aufkamen, deren Beschäftigung und persönliches Verhältnis von iener niedrigen Klasse sehr verschieden war. vid. tit. cod. Theodos. *de Medicis et Professorib.* tit. cod. Justinian. et Theodos. *de comit. et archiat.* Diese wenigen Ausnahmen ändern aber die Sache nicht. Denn, daß sowohl die Kunst selbst, als auch dieienigen, so derselben oblagen, zu den Zeiten Justinians im Ganzen und dem gewöhnlichen Verhältnisse nach noch ungeändert geblieben, beweist das Gesetzbuch dieses Kaisers in den angeführten Stellen zur Genüge. Ja selbst in dem §. 7. J. de lege Aquilia, dessen Erläuterung diese ganze Digression veranlasset hat, wird einer solchen Beschäfftigung des sogenannten medici gedacht, die nicht ad artes liberales gehört, sondern nur der gemeinen Klasse derzeitiger Aerzte eigen war.

51) L. 25. §. 2. D. de operis libert. plerumque medici servos eiusdem artis perducuut; quorum operis non aliter perpetuo vti possunt, *quam vt eas locent.*

52) L. 18. D. ad l. Aquil. L. 7. §. 1. L. 18. D. commodati. G. F. *Kraussii* diss. de lege aquilia in eos etiam, qui ex contractu nobis obligantur. Vitemb. 1757. Struben in rechtl. Bedenken, Th. 3. Num. 61.

53) L. 7. §. 8. D. ad l. aquil. si medicus servum imperite secuerit, *vel ex locato* vel *ex lege aquilia* competere actionem.

§. 19.

Die übrigen Fälle, wo den römischen Rechten nach eine obligatio quasi ex delicto vorhanden ist, bestätigen unsere Theorie von dieser Art der Verbindlichkeiten gleichfalls. Item, sagt der Imperator 54) is, ex cuius coenaculo vel proprio, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum, effusumue aliquid est, ita, vt alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ohne besondere Hülfe des bürgerlichen Rechts, würde der Beschädigte hier in der Verlegenheit sein, den eigentlichen Urheber ausfindig zu machen, und wegen Ungewißheit desselben nicht leichte mit Sicherheit eine Klage anstellen können. Denn, daß der Bewohner, wenn er nicht selbst die Handlung begangen, hier allemal und durchgängig in culpa sein sollte, läßt sich wenn man der Erfarung und den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keines-

keinesweges behaupten. Deswegen aber den Civil-Gesetzen eine Unbilligkeit vorwerfen zu wollen, würde wiederum sehr voreilig geurteilt sein. Sie beruhen nichts destoweniger auf sehr vernünftigen Gründen; nur eine durchgängige culpa desienigen, welchen sie hier zum Beklagten machen, ist der Grund nicht; obgleich die mehrsten Rechtsgelehrten die ganze Verordnung daraus herleiten. Unstreitig hat der Wirt, und Bewohner des Hauses ehender Gelegenheit den wahren Urheber auszufindigen, und an ihn seinen Regres zu nehmen, als der Beschädigte. Und ist einmal dergleichen Gesez vorhanden, wonach er für die Handlungen auch anderer Personen haften muß: So wird ihm dies ein starker Antrieb sein, auf das Betragen dererienigen, denen er in seiner Wohnung Aufnahme und Zutritt gestattet, ein wachsames Auge zu haben. Grund und Absicht dieser zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen legislation rechtfertigen sich dadurch vollnkommen. Daß nun freilich manches Individuum hier ohne alles Verschulden das Vergehen eines andern büssen müsse, ohne ie Hofnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, ist eine Sache, welche dem Gesezgeber, der nur auf das Ganze Rücksicht nimmt, und nehmen kann, gar nicht zur Last gereichet. 55) Allein eben darum, und weil der Beschädigte nicht verbunden ist, den Bewohner des Hauses als den Urheber der Handlung anzuklagen, heist es in unsern Gesezbüchern: Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus

intelligitur, quia *plerumque ob alterius culpam tenetur.*

54) §. 1. J. de obl. quae quasi ex del. nasc.

55) L. 10. D. de legibus.

§. 20.

Ein anderer Fall, welcher darinn von der Regel abweicht, daß auch derjenige, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden, dennoch schon der bloßen Möglichkeit halber eben so bestraft wird, als ob er in der That diesen oder jenem Nachteil zugefügt hätte, wird dem vorigen an die Seite gesetzt. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, *quod potest, si ceciderit*, alicui nocere, quo casu poena decem aureorum constituta est. Und hierauf fährt der Imperator fort: Item exercitor nauis, aut cauponae, aut stabuli de dolo aut furto quod in naui, aut caupona aut stabulo factum erit, *quasi ex maleficio* teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam aut stabulum exercet. Im Grunde findet hier das nämliche statt, was wir so eben von dem Bewohner eines Hauses oder Zimmers, und dessen Verbindlichkeit, für die Vergehung eines andern haften zu müssen, erwähnt haben. Denn obgleich der exercitor nauis etc. manche Gelegenheit hat, die Treue seiner Leute zu prüfen, und es auch Pflicht für ihn ist, hier-

hierauf mit aller Sorgfalt Bedacht zu nehmen; so läst sich doch nicht immer und in allen Fällen behaupten, daß er bei einem ieden durch sie verübten Diebstal schlechterdings in culpa sei. Darum heist es auch von ihm ausdrücklich: Quum neque ex maleficio, neque ex contractu sit aduersus eum constituta hic actio, et *aliquatenus* culpae reus est; quod opera malorum hominum hic vteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. Mehrere Fälle, in welchen die Klage quasi ex delicto hergeleitet wird, geben die Gesetze selbst nicht an, und ich glaube durch die bisherige Erläuterung der unter dieser Rubrik aufgeführten einzelnen Verbindlichkeiten nunmehro den daraus abstrahirten Begrif hinlänglich gerechtfertigt zu haben, daß nämlich die obligatio quasi ex delicto nach dem ächten Sinn des römischen Rechts solche Handlungen voraussetze, welche an sich zwar nicht erlaubt 56); iedoch entweder nach den Regeln der moralischen Imputation 57), oder doch wenigstens nach sonstigen Vorschriften des strengen Rechts 58) dieienige Verbindlichkeit nicht grade zu hervorbringen würden, welche durch besondere Verordnungen daraus entspringt. ——

56) IOCH. HOPP comment. ad inst. Lib. IV. Tit. V. pag. 802. behauptet zwar das Gegenteil, und glaubt hier solche Handlungen anzutreffen, welche an sich erlaubt sind. Wie aber, wenn der Richter litem suam macht, wenn iemand durch Herabwerfen oder Ausgiessen beschädigt, wenn im Schiffe, oder in der Herberge gestohlen

stohlen wird; ist dies etwa an sich erlaubt? ich weiß nicht was der gute Hopp dabey gedacht haben mag, wenn er hierauf antwortet, iudicare, ex coenaculo effundere, in se licitum est; inde ex facto in se licito, sed male adplicato hic agitur. Ich denke, die üble Anwendung macht hier grade das factum aus; denn wem ist es unbekannt, daß eine Handlung mit den Umständen, worunter sie geschehen, allererst das wahre factum formire. DAN. NETTELBLADT *systema elem.* iurispr. germ. comm. general. Halae 1781. §. 65. sequ.

57) Z. B. wenn der Wirt, und Bewohner des Hauses oder Zimmers, für die unerlaubte Handlung seiner Gäste, imgleichen der exercitor navis etc. für das Vergehen seiner Leute haften muß. Herr Prof, Woltaer beschränkt hierauf, wie wir oben bereits gesehen haben, den ganzen Begrif des sogenannten quasi delicti. Allein man kommt nicht damit aus, wie die folgende Note noch deutlicher ergeben wird.

58) Z. B. Der Richter, welcher aus Unachtsamkeit gesetzwidrig verfährt. Ihn von aller moralischen Imputation frei zu sprechen, würde unstreitig zu weit gehen. Und hieraus ist klar, daß der Begrif, welchen Herr Woltaer von der Sache angiebt, nicht völlig zutreffend sei. Nimmt man aber die Betrachtung, worauf wir durch die Vorschrift des strengen Rechts geleitet werden, zu Hülfe; so scheint die Sache genau berichtigt zu sein.

§. 21.

Die bisherige Erörterung setzt uns in Stand, nunmehro die wahre und eigentliche Theorie der römi-

römischen Rechtsgelehrten von Entstehungsart der Verbindlichkeit vollständig darzulegen. Die Haupteinteilung, wovon das ganze Lehrsystem ausging, war diese: Alle Verbindlichkeit gründet sich entweder a) in einem Kontrakt, welchen derienige, dem sie obliegt getroffen, oder b) in einer von ihm begangenen unerlaubten Handlung, oder c) sie hat ausserdem ihr besonderes Fundament. Obligationes, so lauten die Worte des Gajus 59) aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure, ex variis causarum figuris. Die leztere Gattung fäßt alle die Verbindlichkeiten in sich, wozu weder Kontrakt, noch Verbrechen des Schuldners den Grund gegeben. Einige besondere Unterarten dieser allgemeinen Klasse ergeben sich durch nähere Bestimmung der Ursachen, welche ohne Kontrakt und Verbrechen eine Obligation hervorbringen. Dies geschieht entweder durch Geseze unmittelbar, — oder es wird ein Factum vorausgesezt, und dadurch allererst die Verbindlichkeit gegründet. — Im ersten Fall ist eine obligatio ex lege — vorhanden, im zweyten aber kömmt es auf die verschiedenen Arten der Handlung an. Diese besteht nämlich entweder in einem blos einseitig geschehenem, nicht acceptirtem Versprechen, als welches in einigen Fällen durch bürgerliche Geseze vollnkommen verbindlich erklärt worden — oder nicht, sondern in andern Factis. Dort haben wir die obligationem ex voto et pollicitatione; hier aber kommen noch zwei Arten der einseitigen Hand-

lung in Betracht I. solche die an sich erlaubt, mit gewissen wirklichen Kontrakten in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehen, und schon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Versprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringen; II. solche Handlungen, die an sich zwar unerlaubt und sträflich, nur aber bald nach den Regeln der moralischen Imputation, bald nach Grundsätzen des strengen Rechts demienigen nicht geradezu zur Last gereichen, welcher ohne weitern Unterschied dafür haften soll. — In ienem Falle hies es eine obligatio quasi ex contractu, in diesem aber quasi ex delicto; wovon die näheren Gründe oben bereits entwickelt sind.

59) L. 1. D. de obligat. et action.

§. 22.

Wenn ich solchergestalt zu den Verbindlichkeiten ex variis causarum figuris sowol dieienigen rechne, welche unmittelbar aus Gesetzen, als auch dieienigen, welche quasi ex contractu, quasi ex delicto abgeleitet werden: So weiß ich wol, daß die mehrsten Juristen, welche sich mit Erklärung des römischen Rechts beschäftigt haben, dieser Theorie entgegen sind, ob sie gleich unter sich mit dem proprio quodam iure ex variis causarum figuris nicht einerlei Begriffe verbinden 60). Allein keiner von ihnen hat mich durch überzeugende Gründe auf seine Seite lenken können. Denn wenn in unsern Gesetzen die Entstehungsart der

Ver:

Verbindlichkeit in folgenden Worten angegeben wird: obligatio nascitur aut ex contractu aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris: So deucht mir ist keine Erklärung natürlicher, als dieienige, daß überall da, wo eine Verbindlikeit, die nicht ex contractu, nicht ex maleficio herrührt, vorhanden ist, der Fall eintrete, wovon es im allgemeinen heist: proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Ganz unstreitig gehören dahin auch die Verbindlichkeiten, welche unter der Bestimmung: quasi ex contractu, quasi ex delicto, vorkommen, weil sie gleichfalls in der That weder aus einem Kontrakte, noch aus einem Verbrechen desienigen, dem sie obliegen, herzuleiten sind, welches die Gesetze selbst bei iedem einzelnen Falle dieser Art angemerkt haben. Die Idee der nachherigen Ausleger, daß der sogenannte Quasikontrakt durch mächtige Hülfe der Fiktionen eine Gattung der Verträge ausmache, folglich die daraus entstehende Verbindlichkeit zu denen, die aus Kontrakten entspringen, gleichfalls mitgerechnet sei, keinesweges aber zu den gedachten variis causarum figuris gehöre; diese Idee den römischen Rechtsgelehrten selbst andichten wollen, würde sehr unrecht gegen sie gehandelt sein. Man lese die Fragmente des Gajus, worinn er den Entstehungsgrund der Verbindlichkeit abhandelt, und welche in den Pandekten 61) nach eben der Reihe und Folge rangirt sind, wie man sie in seinen Schriften selbst angetroffen, und man wird, uns hierinn bei-

beizupflichten, kein Bedenken finden. 62) Wenn nämlich der Jurist zuförderst an der ersten Stelle 63) die Hauptquellen im allgemeinen angiebt: den Kontrakt — das Verbrechen — und das besondere Fundament: ex var. causar. figuris, darauf aber jede dieser Quellen wieder besonders durchgehet; und L. 1. §. 1. sequ. mit dem Kontrakt den Anfang macht, dessen verschiedene Einteilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quasi ex contractu mit irgend einem Worte dabei zu erwähnen, geschweige dann solche als Untergattungen dahin zu rechnen; wann er darauf L. 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erst, nachdem er alles dieses absolviret, die besondern Pflichten quasi ex contractu, und quasi ex delicto nachholet, solche auch in L. 5. mit einander verbindet: So ist wol nichts warscheinlicher, als daß er diese zu der allgemeinen Rubrik ex variis causarum figuris, **wovon wir sonst keine besondere Erläuterung** antreffen, gerechnet habe. Und käme es endlich darauf an, durch Autorität anderer Civilisten meinen Satz zu bestärken: So würde ich wenigstens Einen für mich anziehen können, dessen Urteil über Sachen dieser Art nicht leicht Jemand ganz inkompetent halten wird. **Anton Schulting** 64) erklärt die Worte des Gajus also: Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis causarum figuris nascuntur, comprehendere videtur, tam quae quasi ex contractu, vel quasi ex delicto sunt, quam quae ex lege, edicto vel alio simili iure nascuntur. 60

60) *I. H.* BÖHMER de actionibus sect. 2. cap. 5. §. 5. will zu dieser Klasse nur diejenigen Verbindlichkeiten gerechnet wissen, welche vermöge der natürlichen Billigkeit aus Gesetzen unmittelbar entspringen; nicht aber die sogenannten quasi contractus und quasi delicta. So urteilt auch *I. O* WESTENBERG diss. 2. de causis obligationum cap. 6. PÜTTMANN Lib. 2. *adversar.* iuris vniuersi p. 161. Verschiedene andere Meinungen findet man beim Westenberg a. a. O. §. 4. Uebrigens kann auch hiebei noch gelesen werden PLATNER de usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. Lips. 1762. *Bernh.* WALTHER Lib 2. miscellan. Cap. 32. *I. L.* CONRADI de iuuentiana condictione ad L. 32. D. de reb. cred. Marpurgi 1774. *I. C.* WOLTAER Fasc. Imo observ. p. 89. Unsere Erklärung hat, was diesen einzelnen Punkt anbetrift, neuerer Zeit in den **Juristischen Abhandlungen und Beobachtungen, herausgegeben von H. Dr. Meurer** Leipzig 1780. Erste Samml. p. 17. sequ. ihren Verteidiger gefunden.

61) L. 1. 4. 5. D. *de obligat. et action.*

62) Dies bezeugt die Inscription der erwähnten Gesetze, indem L. 1. aus dem Lib. 2. aureorum, L. 4. und 5. aber aus dem 3ten Buche genommen worden.

63) Cit. L. 1. pr. D. de obl. et act.

64) *Anton.* SCHVLTING in not. ad Gaii instit. Lib. 2. Tit 9. iurispr. anteiust. edit. Ayerian. p. 144. Dies wäre also ein Ausleger, welcher in den Worten: proprio quodam iure etc. wirklich dasjenige gelesen, was darin liegt; und welcher der Lectüre des Verfassers der obgedachten Meurerschen Abhandlung, vermutlich entgangen ist.

 §. 23.

§. 23.

Im Ganzen glaube ich nunmehro, den wahren Sinn der im römischen Rechte von Entstehungsart der Verbindlichkeit enthaltenen Grundsätze hinlänglich entwickelt zu haben 65). Ich kann aber diese Materie nicht völlig verlassen, ohne vorher noch zweierlei angemerkt zu haben. Erstlich: Die bisher erläuterte Theorie der römischen Rechtsgelehrten ist durch irrige Erklärung und Zusätze der Ausleger ungemein verwirret worden; es verlohnt sich daher wol der Mühe, diese Irrtümer, welche sich nicht blos bei den Glossatoren erhalten, sondern bis auf unsere Zeiten noch immer eine beträchtliche Anzal Verteidiger gefunden haben, der Reihe nach kürzlich durchzugehen. Zweitens: Obgleich die Fehler der Ausleger dem römischen Lehrsysteme an sich nicht zur Last gereichen, so ist doch das leztere selbst in diesem Stücke nicht von Mängeln frei, vielmehr in manchem Betrachte sehr unzulänglich, und wenigstens unserer Jurisprudenz gar nicht mehr angemessen; daher die Notwendigkeit erfordert, den Ursprung der Verbindlichkeiten auf richtigere Grundsätze zurück zu führen. Beides soll sogleich näher gezeigt werden.

65) Ich sage mit Fleis: im Ganzen. Was aber die besondere Erläuterung der römischen Lehre von den eigentlichen Kontracten und simplen Verträgen anbetrift: So verweise ich deshalb auf *Christ. Frid. Georg* MEISTER differt. *de in factum actionibus* Goett. 1748. Cap. I. §. 5. in dessen select. opusc. Tom. I. pag. 315; imgleichen

gleichen auf *Joh. Gottl.* LANGSDORFII tract. *de pactis et contractibus Romanorum, et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano.* Manhemii 1777.

§. 24.

Anlangend zuförderst die irrige Erklärung, welche die Ausleger von obigen Grundsätzen des römischen Rechts zu machen gewohnt sind: So bestehen die vorzüglichsten Fehler darinn: 1) **Fast durchgängig wird bei den** *obligat. qu. ex contractu* **der Satz aufgestellt, daß die Gesetze den Konsens der Parteien fingirten, und aus dieser angenommenen Erdichtung die ganze Verbindlichkeit entspringe** —. Schon verschiedene Rechtsgelehrte 66) haben das Lächerliche dieser Fiktionen nach Würden gerügt; vorzüglich aber hat der gedachte Irrwahn an dem berühmten Gottl. Gerh. **Titius** einen scharfen Gegner gefunden 67). Und kaum sollte man es möglich glauben, daß eine Meinung, welche von aller gesetzlichen Unterstützung ganz verlassen 68), sich selbst wiedersprechend 69), in aller Absicht ungegründet und ohne Nutzen ist 70); noch immer in unsern Lehrbüchern herrschend sein könne. 71)

66) *Sam. de* COCCEII iure civil. controvers. Lib. II. Tit XIV. Quaest. 12. *Wolr.* BURCHARDI Diss. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. Herbornae 1759. Joh. Jac. **Prehn** Erörter. der Frage:

Frage: Ob die Legitimation unehelicher Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. *Ioh. Gottl.* LANGSDORF de pactis et contractibus Romanorum. Manhem. 1777. Cap. 9. §. 139 sequ.

67) *Gottl. Gerh.* TITIVS diss. de fictionum romanarum natura et inconcinnitate Lips. 1694. Imgleichen in seinem Iure privato rom. german. Lib. I. cap. 9. Nur darinn geht dieser Schriftsteller zu weit, daß er das Unding, welches er zur Ehre der gesunden Vernunft, aus unserer Wissenschaft wegwünscht, dem römischen Rechte selbst, und nicht vielmehr den Auslegern desselben, denen wir es doch nur allein zu verdanken haben, zur Last legt.

68) Man wird in dem ganzen römischen Rechtskörper nicht eine einzige Stelle antreffen, welche die erwähnte Art der Verbindlichkeiten aus einem fingirten Konsens herleiten sollte. Was bewog also die Ausleger, einen in seiner Art höchst seltsamen Grund herbei zu rufen?

69) Selbst der Begrif, welchen die Ausleger von den gesetzlichen Fiktionen angeben, hätte sie wenigstens in dieser Materie davon entfernen müssen. Wo ist die Möglichkeit beiderseitiger Einwilligung, welche doch nach dem Begrif der Fiktion da sein müste, wenn wir uns auf der einen Seite ein unmündiges Kind, einen Rasenden, oder Wahnwitzigen gedenken? oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß das Kind schon mündig, der Wahnsinnige ad hunc actum gescheut gewesen? — Ueberdem giebt es hier verschiedene Fälle, wo die Verbindlichkeit sogar diejenigen trift, welche nicht allein nicht konsentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt haben. L. 2. D. de tigno. iunct. L. 14. §. 13. D. de religios.

gios. Daß nun iemand zugleich in eine und eben dieselbe Sache gewilligt und nicht gewilligt habe, ist ein Widerspruch, und eine Unmöglichkeit, die sich doch wol nicht fingiren läßt.

70) Wären die Fälle, welche hieher gehören, von der Beschaffenheit, daß sie ihrer Natur nach den wechselseitigen Konsens zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit erforderten, und daß sie nur durch ganz specielle Vorschrift des bürgerlichen Rechts ausser einen wirklichen Vertrag die verbindende Kraft überkommen hätten: So könnte man den Behelf der Fiktion allenfalls gelten lassen. Nun aber wird man schon beim ersten Anblick überzeugt, daß es in allen diesen Fällen auf die Einwilligung desienigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, gar nicht ankomme; daß solche in keinem Betracht erforderlich sei, und daß folglich der fingirte Konsens, worauf die Ausleger die Obligation zurückführen, nicht nur einen völlig unnützen, sondern auch offenbar falschen Grund der Verbindlichkeit abgebe.

71) In dem sonst so vortrefflichen Lehrbuch des seel. G. R. R. **Hellfeld** liest man §. 307. gewis nicht ohne Befremden, daß sogar der consensus fictus als eine gesetzliche Ursache (causa civilis) wodurch die Verträge zu Kontrakten erhoben werden, aufgeführet wird; da doch einenteils die Gesetze solches gänzlich ignoriren, und andernteils die Geschäfte, wobei man den fingirten Konsens anzubringen pflegt, sicher keine Verträge sind.

§. 25.

Man ist II) so weit gegangen, aus den oben erwähnten Rechtsfällen unter dem Nah-

Nahmen der Quasikontrakte und *quasi delictorum* 72), eigene Gattungen von Verträgen und Verbrechen zu machen, und die Einteilung in wahre und Quasikontrakte, in wahre und Quasidelicta zu erschaffen, welches desto fehlerhafter ist, je weniger die Gesetze selbst solche Einteilung billigen, und je weniger sie nach der Natur der Sache und den Regeln der Vernunftlehre sich irgend verteidigen läßt —. Denn wenn die Rechte verordnen, daß diese oder jene Handlung auch ohne Vertrag so gut verbinden soll, als ob ein Kontrakt unter den Parteien eingegangen wäre; so erklären sie doch sicher die Handlung nicht selbst für eine Gattung von Verträgen 73); wenn der Gesetzgeber bestimmt, daß diese oder jene an sich nicht erlaubte Handlung wider denjenigen eine Klage hervorbringen soll, welcher oft gar nicht daran schuld ist; so wird dadurch die Handlung in Ansehung seiner noch nicht eo ipso eine species von Verbrechen. Noch auffallender ist der Irrtum, welcher bei diesen Einteilungen obwaltet, wenn man solche nach den Regeln der Dialektik zu prüfen sich die Mühe nimmt. Es kommen Unterarten zum Vorscheine, welche gerade das Gegenteil von der Hauptgattung sind. Man denke sich einen Vertrag, und man muß schlechterdings eine wechselseitig deklarirte Einwilligung voraussetzen; Man denke sich aber einen Vertrag ohne beider Teile Konsens, ohne Versprechen, folglich auch ohne Annahme

nahme desselben; und man denkt — einen Widerspruch der ersten Grösse. Gehen wir die sogenannten Quasikontrakte der Reihe nach durch; so treffen wir überall solche Handlungen an, bei denen weder ein Versprechen, noch weniger eine Acceptation vorhanden ist. Was wird also aus der Hauptgattung, deren Wesen auf Dinge beruhet, die den Unterarten gänzlich ermangeln? Was wird aus der Species, die das Wesen des Genus nicht hat? — — —. Nach der Natur eines Verbrechens ist nur derienige daraus gehalten, der ein verbietendes Poenal-Gesetz übertreten hat. Wann aber der Bewohner eines Hauses oder Zimmers, der exercitor nauis etc. etc. nach Vorschrift der Gesetze für eine fremde Handlung büssen muß, ob er gleich zeigen kann, und will, daß er selbst für seine Person weder mit Vorsatz, noch aus Fahrlässigkeit dabei konkurrire: So kann der Grund seiner Verbindlichkeit lediglich und allein nur aus der gesetzlichen Disposition hergeleitet, nicht aber in einem von ihm begangenem Verbrechen, gesetzet werden.

72) Ueber den blossen Ausdruck: quasi contractus, quasi delictum, würde ich kein Wort verlieren, wenn es hier allein nur auf grammatische Richtigkeit ankäme. Ist es doch überhaupt in unserer Wissenschaft und den Schriften der Rechtsgelehrten gar nicht selten, daß der ächte lateinische Ausdruck durch Worte und Redensarten, die dem Genie der Sprache entgegen sind, fast ganz verdrungen worden. Warum wollte man gerade nur gegen den Quasikontrakt und das Quvsidelictum so intolerant seyn? Wenn die Sache, so dadurch

bezeich-

bezeichnet werden soll, und die Idee, welche man mit ienen Worten verbindet, an sich nur richtig ist: in verbis simus faciles. Allein, da dieß is eben hier der Fall gar nicht ist; — da die unschickliche Terminologie dem irrigen Begriffe, welcher nach und nach in die Systeme der Rechtsgelahrheit eingeschlichen, ia am Ende fast herrschend geworden ist, immer mehr zur Nahrung dient, — da man zur Zeit noch wenige Lehrbücher von dem Fehler gereinigt finden wird, dessen der Herr Prof. **Woltaer** in folgenden Worten gedenket: Ante omnia notes velim, dictionem quasi contractus; quasi delicti in toto iure non reperiri, sed a doctoribus esse adinuentam; noua et olim non exaudita inflexione, quae alios deinde induxit incautiores, vt quasicontractum nescio quam contractuum et pactorum speciem putarent. *Observ.* iur. civil. Tom. I. p. III. — So wird es nicht ganz überflüßig sein, die Ungereimtheit der gedachten Terminologie etwas näher ins Licht zu setzen. Wer inzwischen an Untersuchungen dieser Art keinen Geschmack findet, wer sein iuristisches Studium blos auf Küche und Keller börniret, dem will ich die quasi contractus, quasi delicta, den quasi usumfructum die quasi possessionem quasi traditionem etc., wobei er, und seine Vorgänger sich wol befunden, gerne ungekränkt lassen. Es fehlt aber auch selbst unter unsern besten Civilisten nicht an solchen, welche die obige Art des Ausdrucks in ihren Schutz nehmen, und obgleich die Gesetze selbst von quasi contractibus, quasi delictis gar nichts wißen, dennoch solche dem Redegebrauch des römischen Rechtskörpers ganz angemessen finden. Kömt nicht, sagen sie, im römischen Rechte, eine quasi possessio L. 10. D. Si seruit. vind. ein quasi usus fructus §. 2. I. *de usufr.* — ein peculium quasi castrense, §. vlt.

I.

I. de testam. mil. — eine actio quasi serviana, §. 7. I. de action. — ein quasi pignus L. 13. §. 8. D. de act. emt. et vend. — ia sogar ein quasi maritus L. 32. §. 27. D. de donat. int. V et V. und mehr dergleichen häufig vor? Allein, bei genauer Nachlese, und Prüfung der erwähnten Stellen findet man sogleich, daß das Wörtgen quasi immer nur in gewisser Connexion der Rede ganz für sich, und als eine besondere Partikel gebraucht, keines weges aber in der Maße einem andern Worte vorgesetzt sei, daß durch solche Verbindung ein eigenes Substantivum formiret werde. Die Texte also, worinn die erwähnte Partikel gar nicht einmal dem Subiekte, sondern vielmehr dem Praedikate vorstehet, entscheiden augenscheinlich gar nichts wider uns. Der Ausdruck: actio quasi serviana, peculium quasi castrense, giebt sicher, denen wenigstens, die nur irgend mit dem Genie der Sprache bekannt sind, keinen analogischen Grund, um grammatisch richtig sagen zu können: **der** quasi contractus, **das** quasi delictum. Man lese ferner die Schriftstellen, worinn eine quasi possessio, ein quasi ususfructus etc. vorkommen soll, mit einiger Aufmerksamkeit durch; um den Wehrt oder Unwehrt dieses Einwandes richtig zu bestimmen. Wenn in L. 10. D. Si Servit. vind. gesagt wird: diuturno usu quis, et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus est; so siehet ein Jeder, daß hier die Partikel quasi gerade so gebraucht worden, wie wir sie in der Inskription des Titels der Institutionen de obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, antreffen. Der Jurist sagt: longa quasi possessione — nicht aber per quasi possessionem longam, oder ex quasi possessione longa. Gerade so verhält sich die Sache auch mit den übri-

gen Gesetzstellen worauf man sich zu berufen pflegt. Kurz so wunderlich es sein würde, wenn iemand aus den Worten des Cicero Orat. in Verr. II. 187. Repente adspicimus lituras eiusmodi, *quasi vulnera* tabularum recentia; ein quasi vulnus bilden wollte; so seltsam sind auch die von den neuern adoptirte quasi contractus quasi delicta, und mehrere dergleichen Ausdrücke.

73) Man beruft sich zwar, um die ältern Juristen in diesem Stück für sich zu haben, vorzüglich auf L. 16 D. *de negot. gest.* woselbst **Paullus** also redet: Quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed *unus contractus* Nisi ab initio ad unum negotium accessit, vt finito eo discederet, hoc enim casu, si nova voluntate aliud quoque aggredi coeperit; *alius contractus est* — ingleichen auf die Worte des **Ulpian** L. 23. D. de Reg. iur. *Contractus quidam* dolum malum duntaxat recipiunt, quidam dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum — *tutelae* et *negotia gesta*. Es gewinnet in der That das Ansehen, daß an diesen Stellen die Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals, ingleichen die Führung einer Tutel, den Verträgen als Unterarten beigezählet werden. Allein, zuförderst ist eben dasienige, was der Kaiser **Justinian** vom Niesbrauch solcher Dinge, die durch Gebrauch konsumirt werden, erinnert: Non fecit quidem Senatus earum rerum usumfructum; *nec enim poterat*; §. 2. I. de usufructu, auch hier anzuwenden. Ein Geschäfte, welches seiner Natur nach kein pactum ist, zu einer Gattung von Verträgen zu machen, ist weder in den Kräften, noch in die Absicht der römischen Rechtsgelehrten

gewesen.

gewesen. Der von ihnen gebrauchte Ausdruck: contractus ist bei weitem noch nicht hinreichend, um ihnen diesen Sinn mit Grunde beilegen zu können, oder man müste die mancherlei Bedeutungen, welche gedachtes Wort bei ihnen hat, gänzlich ignoriren. Nicht immer werden Verträge, sondern sehr häufig alle übrige Arten verbindlicher Handlungen, selbst die unerlaubten mit eingeschlossen, dadurch bezeichnet. Eben der **Paullus**, dessen oben angeführte Worte uns entgegen zu sein scheinen, erklärt sich selbst an einer andern Stelle: L. 20. D. de iudiciis dahin: *Omnem obligationem pro contractu habendam esse*; vt ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamuis non ex crediti causa debeatur. Hieher gehören auch die Worte des **Tryphonius** L. 52. D. de re iud. Si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur, — imgleichen des **Marcianus** L. 15. D. *de donat.* post *contractum crimen* capitale donationes non valent. — wie auch des **Papinian** L. vlt. D. de accusat. apud eos accusatur, apud quos *crimen contractum* ostenditur. Wie wenig also die gemeine Lehrart auf den Beifall der römischen Gesetze und Rechtsgelehrten zu rechnen habe, ist hieraus abzunehmen; da einenteils der vorgebliche consensus fictus sich nirgend bestättigt findet, andernteils aber der Ausdruck: *contractus*, in Rücksicht auf seinen weitläuftigen Umfang, schlechthin keinen Grund abgiebt, zu behaupten, daß die Juristen jede Handlung, wobei sie sich deßen bedienet, als eine Gattung von Verträgen angesehen hätten.

 §. 26.

§. 26.

III.) Man setzt gewöhnlich den ganzen Unterschied der Verbindlichkeiten, welche aus einem wahren Verbrechen entsprin- gen, und derienigen, welche *quasi ex delicto* statt finden, darinn, daß iene aus einem sträflichen Vorsatze, diese hingegen aus Fahrläßigkeit herrührten, eine Theorie, wel- che dem Sinn des römischen Rechts grade entge- gen ist. Weil aber das irrige derselben bereits oben dargelegt, und zugleich der wahre Begrif, so wie ihn die Gesetze selbst an Hand geben, entwi- ckelt ist: So darf ich mich hier einer Wiederholung füglich überheben.

§. 27.

IV.) Obgleich das römische Gesetzbuch selbst nicht den geringsten Anlas giebt, die Zal der Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* und *quasi ex delicto* ausser den wörtlich ge- nannten Fällen noch mit mehreren zu ver- stärken, wol aber die triftigsten Gründe vorhanden sind, diese Art der Verbind- lichkeiten lediglich auf die einzelnen Fälle, welche das Gesetz ausdrücklich dahin rech- net, zu beschränken: So haben die Ausle- ger dennoch von Zeit zu Zeit immer meh- rere Geschäfte und Handlungen dahin ge- rechnet, die doch weder ihrer Natur und Beschaffenheit, noch den Gesetzen nach ie

dahin

dahin gehören — —. Daß z. B. diejenigen Geschäfte, wo offenbahr ein stillschweigender Konsens die Verbindlichkeit hervorbringt, in keinem Betrachte, unter die sogenannten Quasikontrakte rangirt werden können, leidet selbst in Beihalt der gewöhnlichen Erklärung keinen Zweifel; indem man sonst wieder den Inhalt der Gesetze 74) das tacitum mandatum mit der negotiorum gestione vermengen würde; nichts desto weniger wird die Verbindlichkeit, welche den Gastwirthen ꝛc. wegen Aufnahme fremder Sachen und Güter dahin obliegt, daß sie solche restituiren müssen, von verschiedenen Gelehrten aus einem sogenannten Quasikontrakte hergeleitet 75); ohne zu bedenken, daß der Gastwirth ꝛc. indem er die Fremden und ihre Sache aufnimmt, sich selbst durch die Handlung, mithin stillschweigend verwillkühre, das ihm anvertraute gehörig aufzubewahren und wieder abzuliefern, folglich seine Verbindlichkeit in einem zwar nicht ausdrücklichen, aber doch wahrem pacto gegründet sei 76.) Obgleich die Gesetze ausdrücklich nur die Verbindlichkeit des Erben zur Bezalung der Vermächtnisse unter diejenigen obligationes zählen, quae quasi ex contractu nascuntur; daß er hingegen die Schulden des Erblassers berichtigen müsse, bekanntlich aus ganz andern Gründen zu erklären ist 77); so haben doch einige Rechtslehrer 78) kein Bedenken gefunden, auch die letztere Verbindlichkeit des Erben auf eben den Entstehungsgrund, welchen die Gesetze in Ansehung der Vermächtnisse angegeben, zu-

rück zu führen. Mehrere Beispiele solcher gegen den wahren Sinn des römischen Rechts vorgenommenen Ausdehnung hat Joh. Ortw. Westenberg 79) angeführet und unter andern auch die gemeine Lehre, wonach die Litiskontestation unter die Quasikontrakte gerechnet wird, aus guten Gründen bestritten. 80) Man denke nicht, daß dieses alles nur auf theoretische Spitzfindigkeiten hinausgehe; es hat allerdings auch praktischen Nutzen, wovon folgendes Beispiel zeugen mag. Die Juristen streiten bekanntlich sehr darüber, ob dem Fiskus, in Ansehung der Geldstrafen und Inquisitionskosten, ein gesetzliches Pfandrecht zustehe? Dieienigen, welche diese Frage verneinen 81), gründen sich vorzüglich darinn, weil kein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches dem Fiskus das erwähnte Recht namentlich erteilte; außerdem aber kein legales Pfandrecht stattfände. Jedoch den Hauptgrund, welchen ihre Gegner 82) für sich anführen, daß nämlich die Litiskontestation, als ein Quasikontrakt, das Pfandrecht des Fiskus um so mehr begründe, ie gewisser ihm solches überhaupt in dem Vermögen dererienigen, welche einen Vertrag mit ihm geschlossen, zustehe — Diesen Grund gerade zu anzufechten, haben sie nicht wagen mögen, ob er gleich in der That nichts weniger als richtig ist.

74) L. 18, D. Mandati L. 4. pr. D pro Socio. WESTENBERG Diss. 2. *de causis obligat.* Cap. 3. §. 17.

75) RICHTER *de actione in factum ex quasi contractu receptionis.*

76) Nautae enim, caupones, stabularii dum suam exercent professionem, securitatem *ipso facto promittunt*, quam per illationem rerum suarum *intendunt peregrinantes*. Habes igitur *vtriusque consensum* facto declaratum, qui *conuentionem tacitam* constituit. *I. A.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 486.

77) L. 49. D. de O. et A. Nov. 48. praef. in den Worten: Cum vtique nostris videtur legibus vnam quodammodo esse personam heredis, et eius, qui in eum transmittit hereditatem. L. 2. §. 2. D. de V. O. L. 59. D. de Reg. iur. WESTENBERG princ. iur. sec. ord. Instit. Lib. III. Tit. XXVIII. §. 21. HOEPFNER elem. iur. ciuil. HEINECC. §. 997. not. *.

78) HOFACKER Institut. iur. rom. §. 360. in den Worten: Tenetur heres quasi ex contractu tam *ad suscipiendas obligationes defuncti*, quam ad implendam voluntatem eiusdem.

79) Diss. 2. de caus. oblig. Cap. 3. §. 22. sequ.

80) Anfänglich bestand diese gerichtliche Handlung in einer Stipulation, mithin in einem wahren Kontrakte; und obgleich in der Folge unter den Kaiseren der solemne Ritus abgekommen; so finden wir doch in keiner Stelle des römischen Rechts den sogenannten Quasikontrakt dafür substituiret. PERETZ Comment. ad Codicem Tit. de litiscontestatione. WINCKLER de discrimine litis contestationis antiquae et hodiernae.

81) LVDOVICI Diss. de hypotheca tacita fisci propter debita ex delicto. PERETZ Prael. ad cod. Lib. X. Tit. VII. n. 5. *Joh.* VOET Comment. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. WESTPHAL vom Pfandrechte §. 75.

82) CARPZOV P. IV. Const. 13. Def. 14. n. 16. LYNCKER Respons. 107. n. 24. LEYSER Spec.

Spec. 90. Med. 10. HELLFELD Diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis, Jenae 1771. §. 9. in opusc. pag. 237.

Da die Sache inzwischen immer noch streitig ist: So verdient sie, ihrer Wichtigkeit wegen, allerdings durch eigene Gesetze eine gewisse Bestimmung zu erhalten. Folgende Kabinets-Verfügung des größten Monarchen unserer Zeit kann darinn zum Muster dienen: Mein lieber geheimer Etats-Minister von Horst! Ihr habt aus der abschriftlichen Anlage mit mehrerm zu ersehen, was auf meine Ordre der Etatsminister von Münchhausen wegen der von den Accise-Gerichten zu Breslau dem dortigen insolventen Kaufmann Weidner, einer begangenen Accise-Defraudation halber, dictirten Geldstrafe von 5176 Rthlr. an Mich berichtet hat. Da es nun ganz recht ist, daß eine Geldstrafe sogleich, als sie nicht den Schuldigen selbst zum Verlust gereichet, in Leibesstrafe verwandelt werden muß; indem sonst gegen Kaufleute, so übel stehen, die Geldstrafen ihren gesetzlichen Endzweck verfehlen, und die Geldstrafe nicht sie, sondern ihre unglückliche Creditoren trift: So befehle Ich hiedurch, daß ihr von Meinentwegen die Accise-Gerichte zu Breslau anweisen sollet, daß zwar die verschwiegene Accise, welches der eigentliche Verlust der Accisecaße ist, aus der Weidnerschen Masse beigetrieben, die Geldstrafe aber, weil sie nur die unschuldigen Creditoren treffen würde, in eine deren hohen Betrag proportionirte Leibesstrafe des Defraudanten verwandelt werden soll ꝛc. ꝛc. Potsdam, den 5ten November, 1765.

Friederich.

Beiträge zur juristischen Litt. in den Preußischen Staaten, 2te Samml. p. 147.

§. 28.

So weit von den Irrtümern der Ausleger, welche freilich dem römischen Rechte selbst nicht zur Last gereichen. Es kann inzwischen nicht geleugnet werden, daß in dieser Lehre von den römischen Rechtsgelehrten ohne Noth Subtilitäten eingeführet worden, welche der Wahrheit mehr nachteilig, als vorteilhaft sind. Der ganze Umweg, da, wo kein Vertrag oder wirkliches Verbrechen vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit einem *quasi* ex contractu — *quasi* ex delicto zu stempeln, dient im Grunde zu Nichts, als die Sache zu verwirren, und richtige Erkenntnis derselben zu erschweren. Unstreitig ist es daher weit schicklicher, den wahren Entstehungsgrund gerade zu anzugeben, folglich die erwähnten Verbindlichkeiten bald aus Gesetzen **unmittelbar**, bald aus **einseitigen** Handlungen herzuleiten. Es fehlt auch selbst im römischen Rechte nicht an Beispielen, wo diese Methode ohne weitern Umschweif befolgt worden, welches die Verbindlichkeiten ex statu personali, ad exhibendum, ex pollicitatione, ex pauperie, ex alienatione iudicii mutandi causa facta, ex mala fide eius, qui dolo desiit possidere, ex capite restitutionis in integrum u. d. m. 83) zur Genüge bestärken. Wenn also der Kaiser Justinian 84) den Lehrlingen der Jurisprudenz die Sache so vorträgt: Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio

ficio —. Wie mangelhaft ist diese Theorie! Denn wo bleiben die Verbindlichkeiten, welche unmittelbar aus Gesetzen, und aus solchen Handlungen entspringen, welche zu keiner von den gedachten Klassen gerechnet werden können? 85) **Gajus** verbeßert die Sache durch den allgemeinen Zusatz: aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris, 86) keinesweges. Seine Lehre bleibt immer noch schwankend und unbestimmt, sagt im Grunde wenig mehr, als: alle Verbindlichkeiten entstehen entweder aus Verträgen oder aus Verbrechen, oder aus sonstigen Gründen — das letztere ist von solchem Umfange, und so indeterminirt, daß man bei den Worten, wie sie da stehen, wenig oder gar nichts solides denken kann —. Aber auch nicht **Modestinus** 87), ob er sich gleich sehr umständlich über die Materie verbreitet. Obligamur aut re, aut verbis, aut simul vtroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato. Denn da der Fall, wo die Verbindlichkeit ex re entstehet 88), einmal bei allen unerlaubten Handlungen 89) — zweitens bei gewißen Arten der Verträge 90) — drittens bei den Verbindlichkeiten quasi ex contractu 91) — eintritt: So würde der gute **Modestinus** die Sache weit schicklicher behandelt haben, wenn er die eigentlichen Quellen der Verbindlichkeit — Gesetze — Verträge — und einseitige Handlungen selbst angegeben, und solche danächst nach ihren Unterarten weiter bestimmt hätte. Wiederum

derum ist die Distinktion: aut verbis obligamur, aut consensu, da, wo von der Verbindlichkeit überhaupt gehandelt wird, nicht am rechten Orte, weil sie nur eine besondere Gattung, den Kontrakt nämlich, weiter determiniret. Aus eben dem Grunde genügt es auch, bei den unmittelbaren Verbindlichkeiten das Gesetz überhaupt als die Quelle anzugeben, in der Folge aber die verschiedenen Theile des Rechts, ius scriptum et non scriptum, ius ciuile stricte sic dictum et honorarium, in Betrachtung zu ziehen --. Die necessitas, welche Modestinus als eine eigene Quelle der Verbindlichkeit angiebt, ist im Grunde allen Obligationen gemein, und scheint nur darum angehängt zu sein, um dasienige, was sich auf die übrigen Entstehungsgründe nicht immer reduciren läst, unter dieser allgemeinen Rubrik zusammen zu fassen Er selbst erklärt sich wenigstens dahin: Necessitate obligantur, quibus non licet, aliud facere, quam quod praeceptum est. Das, denke ich, ist der Fall bei allen und ieden vollkommenen Verbindlichkeiten.

83) WESTENBERG Diss. III. sequ. de caussis obligationum.

84) §. vlt. I. de obligat.

85) Die Ursache, womit man diese Lücke rechtfertigen will, daß nämlich gerade nur von den genannten Arten der Verbindlichkeit in den Institutionen die Rede sei, dient mehr, den Fehler zu vergrössern, als zu entschuldigen. Wenn auch in den ersten Anfangsgründen des Civil-Rechts nicht alle besondere Verbindlichkeiten selbst abgehandelt

werden

werden sollen: So muß doch die allgemeine Angabe von den Entstehungsgründen der Verbindlichkeit nicht mangelhaft, folglich ganz unrichtig sein.

86) L. 1. D. de Oblig. et act.

87) L. 52. D. eod.

88) Der Ausdruck: re contrahitur obligatio bezeichnet in der Sprache des römischen Gesetzbuchs wie die in den folgenden Noten angeführte Stellen deutlich erweisen, überhaupt die Fälle, wo das Dasein, und die völlige Wirksamkeit einer Obligation schlechterdings körperliche Handlung voraussetzet, wo ein Versprechen, etwas thun zu wollen, entweder gar nicht erfordert wird, oder allein nicht hinreicht, sondern ein Factum, eine Leistung oder Empfang vorauf gehen muß.

89) Pr. I. de obl. quae ex del. nasc. obligationes ex maleficio omnes vnius generis sunt; *nam omnes ex re nascuntur.*

90) L. 1. §. 1. 2. D. de Oblig. et act. obligationes ex contractu *aut re* contrahuntur, aut verbis, aut consensu. *Re* contrahitur obligatio mutui *datione.*

91) §. 1. I. *Quibus modis re contr. obl.* Is quoque, qui non debitum *accepit* bona fide ab eo, qui per errorem soluit, *re obligatur.*

§. 29.

Es ist bereits oben angemerkt worden, daß die römischen Juristen, wenn sie von Entstehung der Verbindlichkeiten handeln, sich lediglich darauf beschränken, die Quelle solcher Rechte und Verbindlichkeiten anzugeben, welche in bürgerlichen

chen Gerichten klagbar sind; welches aber bei näherer Prüfung schwerlich zu billigen sein dürfte, weil selbst der Justinianische Rechtskörper eine Menge Rechte und Verbindlichkeiten aufzählet, die zwar keine Klage hervorbringen, iedoch die übrigen Effekte, z. B. Exception und Kompensation, allerdings behaupten, folglich in foro gleichfalls geltend werden können. Ergiebt sich nun hieraus, schon in Beziehung auf das römische Recht selbst, und dessen sonstige Vorschriften gewissermassen eine Unvollständigkeit: So fällt es noch mehr in die Augen, daß die Theorie der Alten heutiges Tages gar nicht mehr anwendlich sei, indem bei uns die gerichtliche Wirkung der Verbindlichkeiten auf ganz andern Grundsätzen beruhet. Es ist hundert und mehrmalen gesagt worden, daß die Feierlichkeit blosser Worte und Formeln in Teutschland nie ein wesentliches Requisit der Rechtsgeschäfte geworden. — daß bei uns die simplen Verträge, so wie sie ein natürlich vollkommenes Recht bewirken, eben so auch in bürgerlichen Gerichten eine Klage hervorbringen; — daß die ganze Veranlassung, wodurch der römische Jurist bewogen ward, alle Rechte und Verbindlichkeiten, so viel möglich, auf Kontrakte und Verbrechen zu reduciren, bei uns hinwegfalle. — Was kann uns also bewegen, demungeachtet noch die sogenannten Quasikontrakte ꝛc. beizubehalten, da doch unsere ganze Verfassung und Beschaffenheit bürgerlicher Rechtsgeschäfte zu sehr auf einen andern Fuß gestellet ist, als daß nicht die Anlage

unsers

Rechtssystems durchaus fehlerhaft sein müste, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten auf Verbrechen und Kontrakte, welche leztere wir ohnehin nach den römischen Begrif gar nicht mehr haben, zurückleiten wollten. Den römischen Juristen ist es nach dem Zeitalter, worin sie lebten, nach der ganzen übrigen Einrichtung ihrer Rechtswissenschaft, und der Philosophie, deren iedesmalige Kultur allen Wissenschaftlichen Werken in allen Fächern gleichsam den Ton giebt, zu verzeihen, daß die Lehre de causis obligationum von ihnen gerade die Einkleidung erhielte, welche wir in ihren Fragmenten vorfinden, und welche dem Justinianischen Rechtskörper zur Grundlage dient. Wir nehmen aber das Fundament, worauf ihr Lehrgebäude sich stüzet, nicht mehr an; und bedürfen mithin aller nach und nach daraus entstandenen Subtilitäten gar nicht. Nichts kann und darf uns daher abhalten, die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen sind, gerade zu auf unmittelbare gesezliche Disposition, oder auf einseitige Handlungen zurück zu führen, ohne zu den irgend einer subtilen Wendung, noch weniger zu den leidigen Quasikontrakten ꝛc. ꝛc. unsere Zuflucht nehmen zu dürfen.] Man sollte daher den angehenden Rechtsbeflissenen zwar die ächte Theorie des römischen Rechts in dieser Hinsicht, unter gehöriger Rüge der irrigen Zusäze, wodurch die Ausleger die Sache noch mehr verunstaltet haben, bekannt machen, hiernächst aber die innern Feh-

ser, und das unanwendliche derselben zu unsern Zeiten nicht unbemerkt lassen, und vorzüglich in den Lehrbüchern der sogenannten Iurisprudentiae forensis die wahre Beschaffenheit der Sache genau entwickeln. Hier sind die ersten Grundzüge eines Plans 92), wonach, wie ich glaube, die Materie am schicklichsten abzuhandeln wäre.

92) Ich bin es schuldig, vor allen Dingen den berühmten Herrn Regierungspräsidenten von Tevenar in seinem **Versuch über die Rechtsgelahrheit**, Magdeburg 1777 als einen Gewährsmann zu nennen, deßen Anleitung ich mir hiebei im Ganzen habe zur Richtschnur dienen laßen. Ob ich in verschiedenen Punkten mit Recht von ihm abgegangen, manche Verbindlichkeit richtiger klaßificiret, manchen Begriffen mehrere Deutlichkeit verschaffet habe, will ich gerne dem geneigten Leser zur fernern Prüfung anheim geben.

§. 30.

Nach den Begrif, welchen wir oben zum Grunde gelegt haben, ist es ausgemacht, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten vltimato aus Gesetzen herrühren. Versteht es sich auf der einen Seite von selbst, daß der Ausdruck: Gesetz, hier nicht zu eingeschränkt genommen werden müsse: So ist es auch auf der andern Seite nicht notwendig, ihn zu sehr auszudehnen, um die Richtigkeit unsers Satzes zu retten. Die eigentlichen Positiv-Gesetze, welche da nur anfangen, wo das Naturrecht aufhört, schweigen bei unzäli-

gen

gen Vorfällen des bürgerlichen Lebens, und sind also nicht allein die Quelle vollkommener Rechte und Verbindlichkeiten. Nehmen wir aber das Gesetz in dem Verstande, daß es sowol das natürliche, als das bürgerliche Recht in sich begreift: So ist unsere obige Behauptung nicht allein der Wahrheit gemäs, sondern ich halte es auch notwendig, in Entwickelung der ganzen Sache von diesem Standorte auszugehen. Der Herr von Tevenar findet es aber schicklicher, die Regel, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Gesetzen entspringen, gänzlich aus unserer Wissenschaft zu vertilgen, und an deren Stelle folgende Ursachen anzugeben. Wir erlangen Rechte, und machen uns verbindlich, entweder durch unsere Handlung selbst — und zwar bald durch einseitige — erlaubte, oder unerlaubte Handlungen — bald durch Verträge — —; oder durch Gesetze, welche uns unmittelbar ein Recht geben, oder Verbindlichkeiten auflegen. „Wenn man aber, fügt „er hinzu, das Gesetz in einem weitläuftigen Ver„stande nimmt, und darunter eine iede Regel ver„steht, der nachgelebt werden muß; mithin ein„seitige Handlungen und Verträge auch als Gesetze „angesehen werden; so ist gegen den Satz, daß „alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Gesetzen „entspringen, nichts einzuwenden" 93) — Ich glaube nicht, daß es einer Extension in diesem Grade bedürfe, um den Satz gegen alle Einwendung zu sichern; ich halte vielmehr dafür, daß die Philosophie des Herrn von Tevenar, welche

Gesetze

Gesetze und Handlungen gleichsam als verschiedene Quellen der Verbindlichkeit einander entgegen setzet, viel Unbequemes mit sich führe. Denn so viel ist gewis, daß keine Handlung an sich und allein betrachtet, Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringe, woferne wir uns nicht eine Vorschrift und Regel gedenken, wonach die Handlung einen solchen Erfolg hat. Diese Vorschrift mag nun vom bürgerlichen Gesetzgeber herrühren, oder dem Naturrechte 94) angehören: So ist und bleibt sie doch immer ein Gesetz, und dies nur ist die wahre Quelle der Verbindlichkeit, weil es die Handlung zu solcher Wirkung stempelt. Das Faktum hingegen ist das **Mittelbare**, woraus, nach Vorschrift der Gesetze, Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Ohne Gesetz ist kein verbindliches Faktum denkbar; und da mithin alle Verbindlichkeiten, welche der Herr von **Tevenar** lediglich aus Handlungen ableitet, im Grunde doch ebenfalls auf Gesetzen beruhen: So ist seine Lehre in diesem Punkt nicht füglich anzunehmen.

93) Versuch über die Rechtsgelahrheit pag. 17.

94) Ich setze hier, mit dem Herrn K. A. v. **Reinhard** in seinen juristischen, philosophischen, und kritischen Aufsätzen N. 7. p. 49. als eine Grundwahrheit voraus, daß der Wille Gottes, als des höchsten Oberherren, der Grund aller natürlichen Pflichten im eigentlichen Verstande sei. Kein anderes allgemeines Principium des Naturrechts wird bei näherer Prüfung die Probe halten. Aus unserer wesentlichen Abhängigkeit von Gott fliest die Schuldigkeit, Ihm gehorsam

zu sein; dies ist nach der Sprache der neuern Weltweisen eine Wahrheit erster **Einsicht**, das heist einer von den Grundsätzen, die durch sich selbst dem Verstande einleuchten, und also keines weitern Beweises bedürfen. Sobald wir nun auf eine bestimmtere Art erkennen, welches die Endzwecke Gottes sind, und wie nach denenselben die Handlungen der Menschen beschaffen sein sollen; was Gott den Menschen gebietet, verbietet, und erlaubt: So haben wir das System unserer Pflichten, und ieder Endzweck, ieder Wille Gottes, in Absicht auf unsere freie Handlungen macht ein Gesetz. Derienige Wille Gottes, den wir aus der Natur, und der beständigen Einrichtung der Dinge, durch vernünftige Betrachtung derselben erkennen, macht **das Gesetz der Natur** aus.

§. 31.

Bei alle dem leitet uns schon die Natur der Sache auf die Einteilung der Verbindlichkeiten in **unmittelbare** und **mittelbare**, welche leztere wir nach Verschiedenheit der Handlung, die den nächsten Grund davon ausmacht, folgendermaßen näher bestimmen. Das Faktum ist entweder

A) ein **Vertrag** — ein Versprechen, so wir andere gethan, und diese angenommen haben, oder nicht, sondern

B) eine **einseitige Handlung**, welche nicht in einem acceptirten Versprechen bestehet, und zwar entweder

a) eine

a) eine erlaubte einseitige Handlung, wodurch kein verbietendes Gesetz übertreten, keine, unsern Nebenmenschen, noch der gemeinen Wolfahrt schuldige Pflicht verletzet wird, oder

b) eine unerlaubte einseitige Handlung, wodurch verbietenden Gesezzen, den Pflichten gegen andere, und der gemeinen Wolfahrt entgegen gehandelt wird. Diese teilt man ferner ein in

α) strafbare einseitige Handlungen, Verbrechen im eigentlichen Verstande; wenn die Gesetze dem Urheber der Handlung außer der Schadensersetzung noch besondere mala wegen Uebertretung seiner Pflichten zuerkennen;

β) nicht strafbare, widerrechtliche einseitige Handlungen, facta illicita in specie, wenn die daher entspringende Verbindlichkeit blos auf Erstattung des Schadens, welcher andern dadurch zugefügt worden, eingeschränkt ist, außerdem aber keine Strafe stat findet.

BIBLIOTHECA CIVITATIS ...

So weit im Ganzen. Es wird aber nicht undienlich sein, iede einzelne Gattung noch etwas näher zu erläutern; also zuerst von der unmittelbaren Verbindlichkeit.

§. 32.

Diese ist nach der bereits vorläufig davon gegebenen Erklärung sodann vorhanden, wenn selbst die Vorschrift des Gesetzes, nicht aber ein besonderes factum obligatorium desienigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, den nächsten Entstehungsgrund der leztern ausmacht. Sie schliest daher nicht alles Faktum gänzlich aus; und ich halte einen andern Begrif 95), welchen viele Gelehrte adoptirt haben, selbst nicht richtig, wenigstens nicht deutlich und genau genug ausgedruckt; weil es in Grundlage deßelben eigentlich gar keine unmittelbare Verbindlichkeit geben, folglich die ganze Einteilung als unrichtig hinwegfallen würde. Es fehlt auch wirklich nicht an Gelehrten, welche eben aus diesem Grunde iene Distinktion überhaupt verwerffen. Denn, sagen sie, ohne alles Faktum ist gar keine Verbindlichkeit denkbar 96). Man hat aber nicht nötig, zur Widerlegung dieser Lehre das Faktum bei der mittelbaren Verbindlichkeit lediglich auf Kontrakte und Verbrechen zu beschränken 97), als wodurch die Unbequemlichkeit veranlast wird, daß man manche Verbindlichkeit, z. B. dieienige, welche der negotiorum gestor auf sich hat, entweder als eine

unmit-

unmittelbare, welches sie doch nicht ist, ansehen, oder auch die Handlung für eine Gattung von Verträgen halten muß; welches doch ohne Widerspruch nicht angehet; sondern man setze nur die distinktiven Charaktere der unmittelbaren Verbindlichkeit darinn, daß sie ihren **nächsten Grund** selbst aus gesetzlicher Disposition, und nicht aus einer **moralischen** Handlung desienigen, dem sie obliegt, ableite 98): So ist die Einteilung vollnkommen gerechtfertigt. Es wird aber nicht undienlich sein, einige einzelne Fälle zur nähern Erläuterung anzuführen.

95) Obligatio immediata est, quae nullo interueniente facto ex lege nascitur —.

96) **Meurers** Juristische Abhandlungen und Beobachtungen; erste Sammt. erster Aufsatz.

97) Hoepfner theoretisch-praktischer Commentar. über die Heineccischen Institutionen §. 730. in den Worten: „Ob es gleich wahr ist, daß iede „hypothetische Verbindlichkeit ein Factum vor„aussetzt: So wirft doch dies iene Distinktion „nicht um. Denn wenn die Juristen einige „Verbindlichkeiten aus einem Factum, andere „unmittelbar aus dem Gesetz herleiten: So ver„stehen sie unter dem Factum nur Contracte, „und Verbrechen. Sie wollen also so viel sa„gen: Eine Obligation entsteht entweder a) aus „einem Contract oder Verbrechen, oder b) nicht. „Im ersten Fall heist sie mediata, im andern „immediata.

98) *I. H.* BOEHMER doctr. de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 4. *Dan.* NETTELBLADT System. elem. vniuers. iurisprud. posit. Tom. 2. §. 224. inglei-

ingleichen in System. iurisprud. german. commun. gener. Hal. 1781. §. 295. 96. *I. L.* SCHMIDT instit. iur. civil. §. 1221. n. 1. 2.

§. 33.

Daß 1) alle Rechte und Verbindlichkeiten, welche Jemanden, wegen seines persönlichen Zustandes gebühren und obliegen, zu den unmittelbaren gehören, mithin auch des Vaters Schuldigkeit, seine Kinder zu ernähren, dahin gezählt werden müsse, wird einstimmig, und zwar mit Recht behauptet. Gleichwol müssen durchaus Facta, selbst desienigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, voraufgehen, ohne welche die leztere sich gar nicht denken läst. Allein das kann uns nicht weiter irren. Man untersuche nur die nächste Ursache der Verbindlichkeit. Sicher sind das iene Facta nicht, welche höchstens nur den nächsten Grund des Zustandes, folglich zwar ein entferntes Fundament der Verbindlichkeit, keineswegs aber causam proximam davon enthalten. Die leztere, worauf hier alles ankommt, ist kein Faktum, sondern gesetzliche Vorschrift, welche den Vater, als Vater unmittelbar verbindet. Factum, schreibt Herr Hofrath Schmidt am angeführten Orte, hic est causa remota, seu conditio, sine qua non, lex vero est causa efficiens proxima huius obligationis.

§. 34.

§. 34.

2) Die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, oder, mit den Gesetzen selbst zu reden: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, verdient gleichfalls noch einige Betrachtung. Um die Meinung dererienigen, welche ein sogenanntes Quasidelictum daran erwischt zu haben glauben, wollen wir uns iezt nicht weiter bekümmern. Herr von Tevenar leitet diese Obligation aus einer widerrechtlichen einseitigen Handlung her. 99); wenige Juristen halten sie pro immediata; obgleich dies unstreitig das richtigste Fundament ist; indem hier a) gar kein Factum hominis, geschweige denn b) eine Handlung desienigen, dem die Verbindlichkeit auferlegt worden, den nächsten Entstehungsgrund abgiebt. Und versteht es sich von selbst, daß nur freie Handlungen, oder, die sich auf Freiheit beziehen, als Facta obligatoria angesehen werden können: So kann c) die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden; mithin qualificirt sich die Verbindlichkeit keinesweges zu den mittelbaren aus einseitigen Handlungen, welche der Herr von Tevenar selbst dahin beschreibt, daß sie allemal von dem freien Willen des handelnden abhangen 100), sondern sie muß durchaus als eine unmittelbare angesehen werden.

99) Versuch über die Rechtsgelahrheit pag. 312.
100) Ebendas. pag. 137.

§. 35.

3) Daß derienige, welcher die Zalung einer Nichtschuld bona fide entgegen genommen, ebenfalls eine unmittelbare Verbindlichkeit auf sich habe, das empfangene, in so weit er dadurch reicher geworden, zu restituiren, ist aus hinreichenden Gründen erweislich, auch von verschiedenen Juristen bereits angemerkt worden 101). Obgleich die Anzahl derer, welche bald diese bald iene anderr Quelle angeben, immer noch die grössere sein mag. Vielleicht hat man sich noch nicht die Mühe genommen, den Gegenstand von der rechten Seite genau zu prüfen. Es dürfte das Ansehen gewinnen, daß die erwähnte Verbindlichkeit um so mehr zu den mittelbaren gerechnet werden müste, als die Annahme des indebiti, mithin die eigene Handlung desienigen, welcher dadurch obligirt wird, das nächste Fundament derderselben zu sein scheinet. Selbst bei denen Rechtsgelehrten, welche in der Hauptsache mit mir einig sind, habe ich kaum eine Erwähnung, geschweige denn eine Auflösung dieser Schwierigkeit angetroffen. Laßt uns also der Sache etwas näher nachforschen. — Als bekannt und ausgemacht setze ich hier zum voraus, daß die eigentliche condictio indebiti nur wider denienigen eintrete, welcher die Zahlung einer Nichtschuld bona fide angenommen hat 102), und daß wider ihn die Klage nur in so weit statt habe, als er durch das erhaltene indebitum sich reicher befindet. Das leztere ist nicht

nicht immer der Fall; und wenn daher der Beklagte behaupten kann, daß er nicht locupletior sei: So richtet man mit der blossen Annahme des indebiti nichts wider ihn aus. Hieraus folgt zweierlei; 1) daß die alleinige Entgegennehmung einer Nichtschuld keinesweges der nächste Grund der Verbindlichkeit zur Wiedererstattung; sondern dieser lediglich in der gesetzlichen Vorschrift, daß sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe, zu setzen sei. — 2) Daß die Handlung desienigen, dem die Gesetze hier eine Verbindlichkeit auflegen, unter den vorausgesetzten Umständen, sich überhaupt nicht einmal zu den Eigenschaften einer **verbindlichen** Handlung qualificire. Angenommen, daß ohne Moralität sich dergleichen gar nicht denken lasse: So erscheint ia hier ein Faktum, welches in Rücksicht der darauf erfolgenden Verbindlichkeit das erwähnte Kriterium gar nicht hat. Ich bin der Meinung, daß **Sempronius** meinem Erblasser 100 Thaler schuldig geworden; er selbst hält es auch dafür; im Grunde ist ers aber nicht. Er bezalt aus Irrtum diese Summe, und ich nehme sie bona fide an. In wie ferne habe ich frei gehandelt? die Annahme des Geldes an sich ist freilich mit Freiheit und Ueberlegung geschehen. — Aber die Annahme einer **Nichtschuld**? — Was diesen Punkt anbetrift: So befand ich mich ia in einem gerechten Irrtume; und folglich handelte ich darinn, daß ich meinem Vermögen einen ungebührlichen Zuwachs verschafte, gar nicht frei. —

Ich bin daher nicht sowol aus meiner moralischen Handlung, als vielmehr unmittelbar aus gesetzlicher Disposition zur Wiedererstattung gehalten. Ganz anders verhält sich freilich die Sache, wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld entgegen nimmt. Von diesem ist hier die Rede nicht; indem die Gesetze gegen ihn bekanntlich eine andere Klage bestimmt haben, wobei es nach der Natur seiner unerlaubten Handlung nicht darauf ankommt, ob er dadurch reicher geworden oder nicht?

101) BOEHMER de actionib. Sect. 2. cap. 5. §. 26.

102) BOEHMER l. c. §. 28. HOMMEL Rhapſ. quaeſt. obſerv. 28.

§. 36.

Nach Anleitung der bisher entwickelten Grundsätze wird man sehr leicht die übrigen einzelnen Fälle der unmittelbaren Verbindlichkeit nachtragen, und ihnen in einer allgemeinen Klaßifikation den rechten Platz anweisen können, dessen sie in den Systemen und Lehrbüchern nur zu oft verfehlen. Wir wollen bei der mittelbaren Verbindlichkeit nunmehro zur Erreichung des nämlichen Endzwecks den Weg bahnen.

§. 37.

Hier wird allemal eine moralische Handlung desienigen, dem die Verbindlichkeit obliegen soll, als causa proxima vorausgesetzt. Diese Handlung bestehet, wie oben bereits erinnert worden,

aus

aus zwei großen Zweigen, aus Verträgen — und einseitigen Handlungen —. Was die erstern anbetrift: So finde ich, da diese Materie in den Lehrbüchern des natürlichen und bürgerlichen Rechts zur Genüge bearbeitet worden, zur Zeit darüber noch etwas zu erinnern unnötig, wol aber verdient die Lehre von den einseitigen Handlungen annoch eine genauere Berichtigung.

§. 38.

So lange das Faktum, welches die Verbindlichkeit zur mittelbaren macht, nicht in einem Vertrag zwischen demienigen, dem etwas geleistet wird, und demienigen, der etwas leisten soll, bestehet; oder noch bestimmter: So oft auf die Frage: Woher bin ich dies oder ienes zu leisten schuldig? die nächste Ursache zwar wol aus meiner Handlung, aber nicht daraus hergenommen werden kann, weil ich diese Leistung in einem Vertrag, den ich geschloßen, dem andern versprochen habe: So gehört das Faktum zu den einseitigen Handlungen. Daher selbst die Schliessung eines Vertrags dahin zu rechnen, wenn nicht sowol von den Rechten und Verbindlichkeiten der Kontrahenten unter sich, als vielmehr von dem Intreße eines Dritten, gegen einen oder beide Paciscenten die Rede ist — wenn die Frage entsteht: ob es erlaubt, oder nicht erlaubt sei, dergleichen Verträge einzugehen, — wenn das Recht, so Jemanden daraus zuwächst, sich nicht in

in einem, von ihm acceptirten Versprechen gründet. Die einseitigen Handlungen sind nun teils **erlaubt**, z. B. die Antretung einer Erbschaft, die negotiorum gestio, das votum und pollicitatio etc. teils **unerlaubt**, und zwar entweder **strafbare**, wohin alle Verbrechen im eigentlichen Verstande, die delicta publica und priuata gehören; oder nur **widerrechtliche**, nicht strafbare Handlungen, deren wir eine Menge in unsern Rechtsbüchern aufgezeichnet finden, und welche sämtlich darinn übereinkommen, daß Jemand mit Vorsatz oder Fahrläßigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen, oder unterlassen hat; weshalb er iedoch nur zum Ersatz des Schadens, den er durch sein Unternehmen angerichtet hat, zur Herstellung der dem Beleidigten entzogenen Sache, oder ad id, quod interest, übrigens aber zu keiner Strafe gehalten ist. Z. B. Wenn einer wissentlich das Gut eines Fremden zu besitzen aufhört, aus Arglist Jemanden zur Eingehung eines Kontrakts mit sich oder Andern, zur Entsagung einer Erbschaft, oder sonst verleitet, einen unrechtmäßigen Arrest auf fremde Güter bewirket, u. d. m. Manche hieher gehörige Handlungen verdienten in der That die schärfste Ahndung, anstatt, daß der Gesetzgeber sie ungestraft hingehen läst. Z. B. Das ungerechte Leugnen vor Gericht, welches, wenige Fälle ausgenommen, keine Strafe nach sich ziehet; so auch das mutwillige Processiren überhaupt, wovon die Proceßordnungen und Stadtrechte bisweilen einen beson-

besondern Titel mit der Ueberschrift: Strafe derjenigen, welche mutwillig klagen, enthalten, allein die vermeinte Strafe blos bei der Verurteilung zum Ersaz der Kosten bewenden lassen; welches doch im Grunde nur Entschädigung des Gegenteils ist, mithin den Nahmen einer Strafe gar nicht verdienet —. Mehrere einzelne Fälle der Verbindlichkeiten aus einseitigen Handlungen anzuführen, finde ich nach dem Endzweck dieser Schrift nicht nötig; so viel aber glaube ich vorgetragen zu haben, daß man nunmehro sehr leicht im Stande sein wird, das Specielle zu ergänzen, und überhaupt den Mängeln, welche bei dieser Materie in den Lehrbüchern des Natur- und bürgerlichen Rechts obwalten, gänzlich abzuhelfen.

§. 39.

Noch ist eine wichtige Einteilung übrig, welche ich, wegen eines neuerer Zeit darüber geführten Streites, nicht ganz vorbeigehen kann. Sehen wir nämlich auf den Effekt einer Verbindlichkeit: So ist solche entweder so beschaffen, daß man durch äußere Zwangmittel zur Leistung des Schuldigen genötigt werden kann, oder nicht. Jene nennt man **vollkommene Verbindlichkeiten — Zwangpflichten,** — diese hingegen **unvollkommene Verbindlichkeiten — Liebespflichten** —. Die Distinktion an sich ist von ieher in den Schriften der Weltweisen und Rechtsgelehrten gebräuchlich gewesen 103); sie

war

war auch den jüdischen Lehrern nicht verborgen 104); in den Werken der römischen Philosophen und Juristen aber treffen wir mehr als eine Spuhr davon an 105). Allein über den Grund oder Ungrund dieser Einteilung ist in der Folge ein anhaltender Dispüt erwachsen, an welchem unsere besten Köpfe Teil genommen. Ich habe die vorzüglichsten Schriftsteller in der Note (106) angeführt; ihre Argumente selbst aber zu wiederholen, würde zu umständlich, auch, da es bereits von andern geschehen, gar unnützlich sein. Wer sie inzwischen noch nicht gelesen, und überhaupt die Lage des ietzigen Streits nicht kennet, dem werden freilich die wenigen Anmerkungen, welche ich deshalb zu machen nötig gefunden, wenig oder gar nicht intreßiren, weil er sich schwehrlich bestimmen wird, eine Sache, die ihm von ieher so geläufig gewesen, nur irgend disputabel, folglich einen dennoch darüber angehobenen Streit im mindesten wichtig zu glauben. Nur dieienigen, welche den bisherigen Gang der Kontroverse völlig kennen, mögen es beurteilen, ob folgende Gedanken darüber zutreffend, oder nicht sind?

103) **Hoepfner** in dem Programm: **warum sind die Menschenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene?** Gießen 1779. welches der berühmte Herr Verfasser in der Folge mit einer andern Abhandlung, worinn den Einwürfen gegen diese Einteilung geantwortet wird, seinem Natur- und Völker-Rechte zum Anhange gemacht hat.

104)

104) HOCHSTETTER colleg. Pufendorf. p. 319.

105) Cicero unterscheidet officia *iustitiae*, und *liberalitatis*. Lib. 1. de off. c. 7. 14. Marcianus L. 2. D. de inoff. testam. distinguirt eben so: *Recte quidem* fecit testamentum, qui liberos praeteriit, vel exheredauit, sed non *ex officio pietatis*. So auch Paullus L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor. imgleichen Ulpian L. 25. §. 11. D. de hered. petit. u. a. m. COCCEII Diss. prooem. ad Grot. X. p. 204.

106) Der Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten wird verworfen von *Christ.* THOMASIVS fundam. iur. naturae et gent. Lib. I. cap. 5. §. 23. 24. *Mr. de* FELICE Leçons de droit de la nature. T. 1. L. 4. imgleichen in dem Commentar über des Burlamaqui Natur- und Völkerrecht, oder wie der Titel selbst lautet: Principes du droit de la nature et des gens par I. I. Burlamaqui avec la suite du droit de la nature augmenté par Mr. de Felice T. 3. p. 105. folg. Joh. Melch. Beseke Entwurf eines Lehrbuchs der natürlichen Pflichten. Mietau 1776. Man sehe auch Reinhards philosophischen Versuch zur Aufklärung des Unterschieds zwischen vollkommenen und unvollkommenen, innerlichen und äusserlichen Rechten und Pflichten; in der Samml. Juristischer Aufs. Th. 2. N. 5. Ausser diesen aber wird sie von den mehrsten Lehrern des natürlichen und bürgerlichen Rechts vertheidigt, insonderheit aber wider die Einwürfe der Gegner von dem belobten Herrn geheimen Tribunals-Rath Hoepfner ganz vorzüglich in Schutz genommen.

§. 40.

§. 40.

Was oft bei gelehrten Kontroversen der Fall ist, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Streitpunkt möglichst zu berichtigen suchet, das dürfte auch hier wol eintreten. Hätte man folgende unter sich sehr verschiedene Fragen: 1) Giebt es überhaupt Pflichten, die keinen äussern Zwang zulassen, und solche, deren Erfüllung man allerdings erzwingen kann? — 2) Woher kommt es, daß bei einigen der äußere Zwang statt findet, bei andern aber nicht? — 3) Ist man zur Erfüllung einer Zwangpflicht auch wirklich mehr verbunden, als zur Leistung einer Liebespflicht? — 4) Ist es schicklich, diese Pflichten dergestalt zu trennen, daß unter den Nahmen des Naturrechts und der Moral zwei besondere Systeme daraus formirt werden? — Hätte man diese Fragen gehörig unterschieden, mithin den Dispüt nicht zu einseitig, nicht zu unbestimmt geführt: So möchte er entweder gar nicht entstanden, oder doch längst schon beigelegt sein —. Die Erste Frage kann kein Vernünftiger leugnen; und folglich ist die Distinktion unter Zwang und Liebespflichten an sich offenbar gegründet und logisch richtig; oder man müste sich den Gedanken erlauben, daß alle Pflichten ohne Unterschied erzwingbar, oder daß alle ohne Unterschied nicht erzwingbar wären, welches beides gleich wunderlich sein würde. Immerhin mögen nun die Gelehrten in Ansehung der übrigen Fragen

noch so verschieden denken: So bleibt doch die Sache selbst, die Einteilung an sich, immer wahr und gegründet. Gesetzt also, daß bei der zweiten Frage noch kein einziger Philosoph oder Rechtsgelehrter von dem wahren Grundsatze ausgegangen, und daß sich über die Ursache, warum ich in einigen Fällen zur Erfüllung meiner Schuldigkeit gezwungen werden kann, in andern aber nicht; noch so viel disputiren lasse: So würde es doch in der That ein sonderbarer Einfall sein, Wahrheiten, die man nicht verkennen kann, ohne die Vernunft selbst zu verleugnen, gerade darum bezweifeln zu wollen, weil die Schule der Weltweisen und Rechtsgelehrten sich über den Beweis derselben nicht vereinigen kann. „In den mehrsten Fällen schreibt der Herr K. A. Reinhard, lehrt der gemeine Menschenverstand, und der moralische Sinn es schon, ob man sein Recht mit Gewalt durchzusetzen befugt sei oder nicht„ — Wer inzwischen den Grund der Sache näher erforschen will, der wird sich durch Nachlese der oben angeführten Hoepfnerschen Abhandlung vollkommen befriedigt finden. 107) Ueber die dritte Frage: Ob eine Zwangpflicht mehr verbinde als eine Liebespflicht? sind die Meinungen der Gelehrten geteilt; die Terminologie: vollkommene und unvollkommene Pflichten, war der erste Anlas zur Verwirrung, und nachdem der dunkle Begrif der Verbindlichkeit überhaupt, daß dieselbe aus den Bewegungsgründen

zu freien Handlungen, ihr Wesen ableite, herrschend geworden; so geriet man bald auf den Saz, daß die Zwangpflicht eine grössere Schuldigkeit mit sich führe als die Liebespflicht, weil bei iener Ein Motiv mehr — die Furcht für äussere Zwangmittel, vorhanden ist, welches bei den Liebespflichten, hinwegfällt. An sich ist nun freilich die erwähnte Behauptung unrichtig, weil der Grund und die Ursache einer Zwangpflicht keines weges darinn, daß ich zur Erfüllung derselben mit Gewalt genöthigt werden kann, sondern in der gesetzlichen Vorschrift beruhet. Eben darinn gründet sich aber auch die Liebespflicht, und beide haben also einerley Grund; Auch der Endzweck, wenn anders der Mensch selbst bei der äussern Leistung des Schuldigen nicht innere Pflichten überschreiten will, ist bei der Erfüllung in beiden Fällen der nämliche. Muß ich nur darum bezalen was ich schuldig bin, damit ich der Gewalt, welche mir sonst bevorstehet, nicht ausgesetzet werde: So würde folgen, daß im aussergesellschaftlichen Zustande der stärkere Schuldner, und in der bürgerlichen Societät derienige, an den sich etwa die Gerichte nicht gerne wagen möchten, entweder gar nicht, oder doch weniger verbunden sei, ein erhaltenes Darlehn zu bezalen, als der schwächere, dessen Kräfte ihn völlig überzeugen, daß man ihn sehr leicht zur Befriedigung des Gläubigers nötigen könne. Richtiger ist daher die Meinung derienigen unstreitig, welche

behau=

behaupten, daß die Frage: ob äußere Zwangmittel statt finden oder nicht? auf die Verbindlichkeit **an sich**, und deren innern Grad, durchaus keinen Einflus habe; sondern daß dieser leztere, ohne Rücksicht, es sei Liebes- oder Zwangpflicht, nach den allgemeinen Regeln und besondern Verhältnißen, wonach freilich Eine Verbindlichkeit höher, uneingeschränkter, wichtiger ist, als die andere, ausgemittelt werden müsse. Man setze den Fall: Ein Mensch sei in Gefahr, zu ertrinken; noch kann ich ihn retten, wenn ich ihm mit einem fremden, am Ufer befindlichen Kahne zu Hülfe eile. Eben da ich im Begrif bin, solches zu thun, verbietet mir der Eigentümer, mich seiner Sache zu bedienen, weil er den Unglücklichen nicht errettet, noch sein Eigentum dazu gebraucht wissen wollte —. Welche Verbindlichkeit ist hier stärker, welche von beiden hebt die andere auf? Die Zwangpflicht, den Eigentümer im Gebrauch des seinigen nicht zu stören? Oder die Liebespflicht, meinen Nebenmenschen von dem Untergange, der ihm ohne meine Hülfe unvermeidlich ist, zu befreien? — — In dieser Hinsicht war es nun freilich sehr nötig, gegen eine solche Misdeutung der vollkommenen und unvollkommenen Pflichten zu streiten. Ich gebe auch zu, daß die Terminologie selbst ganz unschicklich sei, weil sie leicht den erwähnten Irrtum, als ob die unvollkommene Verbindlichkeit an sich schwächer sei, verursachen kann, bei einigen auch wirk-

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

lich verursacht hat; und daß man statt derselben besser und schicklicher die Ausdrücke: Zwang- und Liebespflichten, gebrauchen würde.] Ja, ich kann es auch bei der vierten Frage: Ob es gut sei, daß beide Gattungen der Verbindlichkeit getrennet, und in zwei besondern Systemen abgehandelt werden? in Betracht der vom Herrn K. A. Reinhard vorgetragenen Gründe, zugeben, daß solche Trennung billig nicht hätte geschehen sollen. Allein das folgende ist schlechthin gar nicht zu billigen. Man fing die Sache nunmehro von der Seite zu behandeln an, als ob das Wesen der Einteilung in vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten darauf beruhe, daß Jene stärker, diese hingegen schwächer wären, und geriet, indem man diesen Saz widerlegte, auf die Schlusfolge, daß darum überhaupt die ganze Distinktion als unrichtig wegfallen müße. Den eigentlichen Streitpunkt genau zu bestimmen, lies man sich gar nicht angelegen sein, sondern die Abteilung in officia perfecta, und imperfecta, ward, ohne Erklärung, in welcher Hinsicht man eigentlich den Begrif des perfecti, und imperfecti angreifen wolle, als der alleinige Gegenstand der Kontroverse hingeworfen; und so der Logomachie ein ungehemmter Lauf gelassen. Bei alle dem hatten dieienigen, welche die Liebespflicht an sich schwächer hielten als die Zwangpflicht, mit denen, welche, dieses Irrtums halber, die ganze Distinktion völlig verwerfen wollten, fast immer gewonnene

nene Sache, weil doch am Ende der Sensus communis ganz laut für die Einteilung der Pflichten, in solche, die erzwingbar, und solche, die es nicht sind, redet. So geschahe es denn endlich, daß Wortstreit und Misverstand eine Sache schwierig machten, die an sich ganz klar ist.

107) Die Gedanken dieses verdienstvollen Gelehrten concentriren sich in drei Grundsätzen, „1) andern „nichts zu entziehen von den Vollkommenheiten „die sie wirklich besitzen, ist Zwangpflicht. 2) „Liebespflicht ists, die Summe der Vollkom„menheiten bei meinem Mitmenschen zu vermeh„ren. 3) Auch Unvollkommenheiten abzuwen„den, die ihm eine dritte fremde Ursache drohet, „ist nur Liebespflicht. Und warum das alles? „weil Mensch und Mensch gleich sind; weil du „mir thun darfst, was ich dir thue; gegen „mich unterlassen kannst, was ich gegen dich „unterlasse; nicht mehr, nicht weniger. Will „ich dem Mitmenschen seine Vollkommenheiten „vermindern: So ist er befugt, auch die Sum„me der meinigen zu verringern; um mich von „dem Beginnen abzuhalten. Was heist dies „aber anders, als mich zu **zwingen**. Weigert „sich mein Nebenmensch zu der Zal meiner Voll„kommenheiten etwas hinzuzufügen, so bin ich „höchstens befugt, **ihm dasselbe zu verwei„gern**. Aber **ihm die seinigen zu rauben**, „**zu vermindern**, habe ich kein Recht. Also „Zwang ist hier unerlaubt. Stehe ich dir nicht „bei, wenn du von einer dritten Ursache, von „einem dritten Menschen, von einem Thiere, „einem leblosen Dinge fürchtest unvollkommener „gemacht zu werden: So berechtigt dich die

„Menschengleichheit höchstens dazu, unter ähn„lichen Umständen auch mir **diesen Beistand** „**zu versagen**. Aber befugt macht sie dich „nicht, mir von meinen Vollkommenheiten et„was zu entziehen“ — So weit Herr **Hoepfner**, von den Ursachen, warum einige Pflichten erzwingbar, und andere es nicht sind. **Sulzer** in seinen vermischten philosophischen Schriften p. 389. schreibt: „Eine Pflicht, die zu einem „Gesetze gemacht werden kann, ist eine vollkom„mene Pflicht; eine Pflicht, die niemals durch „ein Gesetz kann befohlen werden, eine unvoll„kommene“ —. Ich begreife nicht, fügt Jener hinzu, wie Sulzer das sagen konnte. „Befiehlt „nicht das Gesetz der Burgundionen, keinem „Fremden, bei Strafe von drei Soliden, Obdach „und Heerd zu versagen? Ist nicht die Pflicht, „eines Unmündigen Vormund zu sein, außer „dem Staate Liebespflicht; nach römischen Rech„ten aber erzwingbare Schuldigkeit?“ — Es sei mir erlaubt, hierüber noch eine Anmerkung zu machen. Daß der bürgerliche Gesetzgeber etwas, so bisher nur als Liebespflicht keinem äußern Zwange unterworfen war, zur vollkommenen Schuldigkeit machen könne, ist so gewis, das es Niemand bezweifeln kann. Unsere Gesetzbücher enthalten, außer den angeführten Beispielen, mehrere Fälle, welche dies klar bestätigen. *Joh. Tob.* RICHTER Diss. de obligatione imperfecta ex honestate, iuris ciuilis auctoritate perfecta, Lips. 1751. Daß ferner die Versäumung blosser Liebespflichten sehr oft der Gesellschaft eben so nachteilig, als Ungerechtigkeit im eigenen Verstande werden könne, und folglich dem gemeinen Wesen nicht wenig daran gelegen sei, daß dergleichen ursprüngliche Lie-

bespflichten durch bürgerliche Gesetze zu erzwingbaren Verbindlichkeiten gemacht werden, ist leicht zu erachten. Man lese hierüber den Entwurf zu einem neuen peinlichen Gesetzbuche für die teutsche Nation; Deßau 1782. im ersten Heft p. 8. Sollte **Sulzer** so unleugbaren Wahrheiten zu widersprechen, die Absicht gehegt, und einen so auffallenden Irrthum geirret haben? Nimmer mehr. Seine obigen Worte haben unstreitig einen ganz andern Sinn, welcher sie gegen alle Einwürfe hinlänglich sichert. Wenn der bürgerliche Gesetzgeber eine schon im Naturrecht gegründete Zwangpflicht abermalen durch seine Vorschrift befiehlt: auch derselben durch angedrohete Strafen einen stärkern Nachdruck verschaffet: So bleibt die Verbindlichkeit an sich, was sie vorher war, Zwangpflicht — obligatio perfecta —. Diese kann daher **als solche** durch ein Gesetz befohlen werden, **ohne daß ihre Natur dadurch im geringsten geändert wird.** Nicht so die unvollkommene Verbindlichkeit oder Liebespflicht. Der Regent kann freilich seinen Untertanen befehlen, daß sie zum Besten der Armen, oder sonst zu frommen Endzwecken, diese oder iene Beisteuer leisten sollen. Aber dann bleibt auch die Sache das nicht, was sie vorher war. Der Begrif einer Woltat, des Mitleidens, der Barmherzigkeit fällt hinweg; Tugenden, deren Ausübung durchaus nicht zum Ressort des bürgerlichen Gesetzes gehört; **weil ihr Wesen darauf beruhet, daß sie aus eigenem Antrieb geschehen.** C'est une contradiction manifeste schreibt Herr von **Felice**, de contraindre les hommes aux devoirs, qui ne sont plus des devoirs de l' humanité, *si ne sont pas libres.* **Par exemple la beneficence, la charité, la**

 libe-

la liberalité, la reconnoissance, *perdent entièrement leur nature*, dès que la contrainte y entre pour quelque chose —. Schon Seneca philosophirte eben so, wie Sulzer: Si appello, si ad iudicem voco, incipit non *beneficium* esse, sed *creditum*. Quam res honestissima sit, gratiam referre. *desinit tamen esse honesta, si necessaria est*. Non est gloriosa res, gratum esse, nisi tutum sit, ingratum fuisse. Lib. 3. de benefic. cap. 7.

Syste-

Systematische
Entwickelung
der Lehre
von der natürlichen Verbindlichkeit
und
deren gerichtlichen Wirkung.

Est vnum ius, quo deuincta est hominum societas, et quod lex constituit vna, quae lex est *recta ratio* imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, *siue scripta sit vspiam, siue nusquam* —. Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quae non tum denique incipit lex esse, *quum scripta est*, sed *quum orta est.* Orta autem est, simul cum mente diuina.

CICERO.

Erster

Erster Abschnitt.

Kurze Prüfung der gewöhnlichen Theorie von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

§. 41.

Von den hieher gehörenden Schriften.

Außer den verschiedenen Handbüchern und Systemen des bürgerlichen Privatrechts überhaupt, sind unter den Schriften, welche die gegenwärtige Materie insonderheit abhandeln, folgende vorzüglich zu merken:

1) *Ioh.* POMERESCHII Diss. *de obligatione naturali*, Gryph. 1661.

2) *Ioh. Andr.* FROMMANNI Dissert. *de obligatione naturali*, Tub. 1676. in der collect. Diss. eiusd. P. II. n. 9.

3) *An-*

3) *Anton.* SCHVLTINGII Dissert. *de naturali obligatione*, Lugduni Batav. 1683. in seinen *commentationibus academicis*, Halae 1770. Das erste Stück.

4) *Ioh. Ortw.* WESTENBERG Dissertatio prima *de caussis obligationum* in seinen Opp. omn. curante Iungio Hanov. et Luneb. 1746. Tom. I. p. 59. sequ.

5) *Ioh. Balth.* WERNHER *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationes naturales*, Vitemb. 1701.

6) *Georg. Christoph.* NELLER Respond. Ioh. Iac. Linio etc. *de obligatione praesertim naturali*, Aug. Trev. 1751. 108)

Diejenigen Schriften, welche die Materie nicht im Ganzen zum Vorwurfe haben, sondern sich nur mit einzelnen Gegenständen daraus beschäftigen, werde ich in der Folge am gehörigen Orte anführen.

108) In der Lippenischen Bibliothek Tom. 2. Lips. 1757. p. 90. wird eine Abhandlung unter dem Titel: *Ioh. Iac.* LIVIVS *de obligatione praesertim naturali*, Aug. Trev. 1750. angemerkt. Eben diese allegirt auch Herr Hofrath Schmidt instit. iur. civil. §. 48. not. z. und Herr Prof. Eichmann in seinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts §. 25. not. f. Da ich an einem Orte lebe, wo man aus öffentlichen Büchersammlungen

lungen wenig erwarten kann, und wo ich in Ansehung verschiedener nicht unbeträchtlicher privat Bibliotheken sehr oft die Erfarung bestätigt gefunden: illi, quibus insignem in aliquo studiorum genere suppellectilem conquirere contigit, *non semper aliorum precibus faciles se praebere solent*, *Ioh.* HEYMANNI apparatus iurisprud. litterar. locuplet. *a I. C.* SIEBENKEES Norimb. 1780. §. 21. So war meine Erkundigung danach eine geraume Zeit umsonst. Endlich ward mir durch Güte eines angesehenen Gönners, dessen Gewogenheit in manchen ähnlichen Fällen ich mit Dank zu rühmen habe, die obige Nellersche Dissertation, und durch dieselbe zugleich eine Aufklärung über den Gegenstand meiner bisherigen Nachfrage mitgeteilet. Der Ort, wo iene erschienen, das Jahr, in welchem sie herausgekommen, der Nahme des angeführten Respondenten, machen es in aller Hinsicht vermutlich, daß die in der Lippenischen Bibliothek, imgleichen vom Herrn Hofrath Schmidt, und Herrn Prof. Eichmann angezogene Liviussche Abhandlung mit der Nellerschen eine und eben dieselbe sei.

§. 42.

Abriß der gewöhnlichen Theorie.

Vom Accursius an, bis auf den Vater des iüngsten iuristischen Kompendiums, wird das Verhältnis natürlicher Verbindlichkeiten, ihre Fortdauer und Einschränkung im bürgerlichen Zustande, und überhaupt die gerichtliche Wirkung derselben, vermittelst nachstehender Einteilungen vorgetragen. Die natürliche Verbind-

lichkeit

lichkeit ist entweder in den bürgerlichen Gesetzen wiederholt vorgeschrieben, und, wie man sich eigentlich auszudrucken pflegt, ad effectum agendi bestätigt worden — oder nicht —. Im ersten Fall ist sie, die **vermischte Verbindlichkeit**, in Gerichten dergestalt kräftig, daß sie beides, durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden kann. Im **zweiten Fall** aber, wo die Verbindlichkeit unter dem Nahmen einer **blos natürlichen**, obligationis naturalis mere talis oder stricte sic dictae vorkommt, wird solche wiederum in die **ganz verworfene** — reprobatam sine plane destructam, — und die zwar nicht bestätigte, aber doch auch **nicht ganz verworfene**, oder **nicht ganz aufgehobene** natürliche Verbindlichkeit — obligationem naturalem haud reprobatam — abgeteilt. Jene hat in Gerichten schlechterdings gar keinen Effekt, so daß auch die etwa geschehene Erfüllung derselben kann zurückgefordert werden —. Leztere hingegen ist in Ansehung der gerichtlichen Wirkung nur **eingeschränkt**, und zwar dahin, daß wegen einer solchen Verbindlichkeit nur nicht **geklaget** werden kann, wol aber alle übrige Effekte statt finden 109) —. Obligatio, wie ein berühmter Rechtsgelehrter 110) sich ausdruckt, quae non quidem *confirmata*, nec tamen penitus *sublata* est; und, wie ein Anderer 111) hinzufügt: omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit. Der unterscheidende Charakter, wonach

wonach die nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit bald in diese, bald in iene Klasse zu rechnen, wird lediglich darinn gesetzt, ob die Civil-Gesetze gestatten, daß die geschehene Zalung wieder zurückgefordert werden dürfe, oder nicht? ohne hievon den eigentlichen Grund im allgemeinen genau und bestimmt anzugeben. Ja, weil man iene Einteilungen durchaus zweckmäßig findet, um in Grundlage derselben das Verhältnis ieder einzelnen natürlichen Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten bestimmen zu können: So wird es auch nicht nötig gehalten, darüber weiter ins Detail zu gehen, außer daß man bei einer ieden der anführten Gattungen einige Beispiele zur etwanigen Erläuterung hinzuzufügen pflegt; zu welchem Behuf die Verbindlichkeit aus einem Kauf- und Miet-Kontrakte als **vermischte** — die aus verbotenen Spielen, der Bürgschaft einer Frauensperson, und dem Versprechen eines gerichtlich deklarirten Verschwenders, als **gänzlich aufgehobene** — und endlich die Verbindlichkeit aus simplen Verträgen, aus der Geldanleihe solcher Personen, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, als **eingeschränkte, iedoch nicht aufgehobene natürliche Verbindlichkeiten** angemerkt werden. Damit inzwischen doch auf alle Fälle der Vollständigkeit nichts abgehen möge: So werden in verschiedenen Lehrbüchern und andern Schriften selbst die Liebespflichten bald der einen, bald der andern Gattung iener natürlichen Verbindlichkeiten beigezählet. **Westenberg** 112)

wirst

wirst solche sehr unschicklich mit den Verbindlichkeiten eines prodigi und der Weibspersonen aus der Bürgschaft in eine Klasse. Andere hingegen 113) behaupten, daß, obgleich dieser Liebespflichten wegen keine Klage zuläßig sei, dennoch die natürlich unvollkommene Verbindlichkeit an sich der Zurückforderung des Gegebenen im Wege stehe. So siehet im Ganzen der Vortrag dieser Materie in unsern Lehrbüchern aus. Wäre es möglich, daß Autorität und Menge der Verteidiger zur Wahrheit an sich etwas beitragen könnten: So würde die Sache über alle Zweifel gänzlich hinweg sein. Man prüfe aber dieses Lehrgebäude ohne Vorurteil, und man wird die ganze Anlage desselben äußerst fehlerhaft und zweckwidrig finden.

109) In Ansehung solcher Verbindlichkeiten findet 1) die Kompensation L. 6. D. de compens. 2) ein constitutum, L. 1. §. 7. D. de const. pec. 3) die Novation L. 1. §. 1. D. de novation. 4) ein Pfandrecht L. 5. u. 14. D. de pignor. 5) die Bürgschaft §. 1. I. de fideiuss. 6) nicht aber nach erfolgter Zalung die Zurückforderung derselben statt. L. 10. D. de obl. et action. L. 19. D. de condict. indeb. wenn gleich die Erfüllung aus einem Irrtume geschehen sein sollte. I. O. WESTENBERG Diss. I. de caussis obligat. Cap. 4. §. 23. Henr. ZOESIUS comm. ad pand. Lib. XII. Tit. 6. n. 6. 7.

110) HOEPFNER *elem. iur. civ. Heinecc. emend.* §. 767.

111) HELLFELD iurisprud. forens. §. 26.

112) Diss. I. de caus. obligat. Cap. 4. §. 9. sequ.

113) *Hugo* GROTIUS I. B. et P. Lib. 2. Cap. 14. n. 6. HELLFELD iurisprud. forens. §. 829.

§. 43.

§. 43.

Von den Fehlern der gedachten Theorie; und zwar 1) von dem Misbrauch der Einteilung in vermischte und blos natürliche Verbindlichkeiten.

Daß die im vorhergehenden Paragraphen angeführte Einteilung der natürlichen Verbindlichkeit, in Rücksicht des gerichtlichen Effekts, nicht ausdrücklich in unsern Civil-Gesetzen selbst bestätigt sei, gestehen die Verteidiger der gemeinen Lehre freimütig 114), daß die Sache selbst aber sich wirklich so verhalte, wie sie von ihnen vorgetragen wird, davon sind sie vollkommen überzeugt. Ich fürchte, daß man sich hierinn ungemein irre, und nehme daher keinen Anstand, nunmehro die Gründe vorzutragen, welche das Unzutreffende der gewöhnlichen Theorie völlig außer Zweifel setzen werden. Irrig ist es 1) offenbar, wenn die Einteilung in blos natürliche und vermischte Verbindlichkeiten zu dem Ende grundleglich gemacht wird, um danach an sich schon den gerichtlichen Effekt einer vorhandenen Obligation dahin zu bestimmen; daß der völlige gerichtliche Effekt nur sodann statt finde, wenn die natürliche Verbindlichkeit in den Civil-Gesetzen wiederholt vorgeschrieben und bestätigt worden, daß folglich alle übrige natürliche Zwangpflichten, wovon die bürgerlichen Geseze

schweigten, wenigstens *quoad effectum agendi* unwirksam wären. In dem finstern Zeitalter der Glossatoren, wo die Jurisprudenz mit allen übrigen Wissenschaften in der traurigsten Verfassung stand, war es verzeihlich, wenn man sich die Sache so vorstellte: Sunt actualis obligationis duae radices, vna *naturalis*, quae consensu nascitur, et inter omnes fieri potest, hinc naturalis dicitur, sed *haec vim non habet exigendi*, impedit tamen soluti repetitionem. *Huic quandoque accedit ciuilis etiam radix*, quae illi naturali faciem dat, vel formam, vel vestem, *vt possit parere actionem* 115).

Merkwürdiger ist es, daß in der Folge selbst die gelehrtesten Juristen diesen Irrtum in ihren Schriften beibehalten konnten. So schreibt **Hermann Vulteius** 116): Iure duntaxat naturali subnixae obligationes *momenti sunt exigui*, *neque omnino ad agendum vtiles*. Distinctio obligationum in ciuiles, naturales et mixtas, est ex causa et origine sua; ciuiles a iure ciuili profectae sunt, naturales a naturali, in quo eadem subsistunt, *vt vlterius non progrediantur*, mixtae origine quidem et inuentione sua a iure naturali siue gentium, approbatione vero et informatione a iure ciuili. So auch **Konrad Rittershus** 117): Abutimur verbo debendi, quum seruum debere, vel obligare dicimus; sicuti testamentum iniustum per abusum testamentum vocamus. *Vera enim et ad agendum efficax obligatio est ciuilis.* So auch **Just**

Hen-

Henning Boehmer 118 a): Obligatio, quatenus externo nititur *adiumento legis ciuilis*, dicitur externa et plena. Oritur illa necessitas vltimo ex lege; et alia dicitur *naturalis tantum* quae solo vinculo legis naturae nititur, iure ciuili tamen *non agnita*; haec aestimatur exinde, si inter illos, qui solo iure naturae viuunt, vim cogendi externam operatur, quamuis in statu ciuili *ciuilis vis ei non sit superaddita.* Haec de iure ciuili *non dat actionem.* Alia mixta dicitur, cui vtrumque ius, et naturale, et ciuile vinculum addidit; et *parit actionem et exceptionem.* So auch Math. Wesenbek 118 b). Proprie obligatio dicitur, quae vtramque, *naturalem et ciuilem continet. Haec enim demum efficax est* — So endlich Johann August Hellfeld 119) obligatio naturalis non approbata, nec tamen reprobata, omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem bene vero exceptionem et retentionem producit.

114) *Ioh. Ortw.* WESTENBERG Diss. I. de caussis obligat. Cap. 4. §. 5. in den Worten: Licet haec totidem verbis in legibus nostris non occurrant, rem ipsam tamen inveniri sufficit.

115) *Francisc.* ACCVRSIVS ad tit. institut. de obligationibus.

116) *Herrm.* VVLTEIVS iurispr. rom. edit. Estor. §. 1501. et. 1504.

117) *Conrad* RITTERSHVS comment. ad inst. Lib. 3. tit. 14. pag. 397.

118) a) *Iust. Henning* BOEHMER introduct. in ius digest. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 2. sequ.

118) b) *Math.* WESENBEC ad pand. Tit. de oblig et action. §. 6.

119) *Ioh. Aug.* HELLFELD iurisprud. forens. §. 26.

§. 44.

Die gesunde Vernunft verleugnet diese Lehre.

Also, natürliche Zwangpflicht ist an und für sich in bürgerlichen Gerichten nicht klagbar — wann sie nicht durch Vorschriften der civil Gesetze zu dieser Wirkung autorisirt worden. Ich darf nicht umgekehrt sagen: alle natürliche Verbindlichkeiten sind auch in foro civili **völlig** wirksam, es wäre denn, daß durch bürgerliche Gesetze namentlich eine **Einschränkung** geschehen, sondern, soll eine Klage statt finden: So muß gezeigt werden, daß das positive Recht dem Gläubiger diese Befugnis wirklich **erteilt habe**. Dieses Raisonnement ist zuförderst, wenn wir dabei noch zur Zeit auf kein einzelnes willkührliches Recht insonderheit Rücksicht nehmen, ganz Vernunftwidrig. Denn sind auf der einen Seite die Mitglieder des gemeinen Wesens schuldig, ihre Rechte nicht durch privat Gewalt, sondern durch richterliche Hülfe geltend zu machen: So müssen auch auf der andern Seite die Gerichte verbunden sein, einem Jeden zur Erlangung seines vollkommenen

Rechtes zu verhelfen. Da nun dergleichen Rechte und Verbindlichkeiten an sich allerdings ohne alle Vorschrift der positiven Gesetze statt finden können, woferne man nicht in den lächerlichen Irrtum geraten will, daß das Naturrecht zu seiner verbindenden Kraft der Bestätigung des bürgerlichen Gesetzgebers bedürfe: So ist gar nicht abzusehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangrechte erhobene Klage blos darum verwerffen könne, weil das Civilrecht derselben nicht gedenket. Ein anders wäre freilich zu behaupten, wenn in diesem oder ienem positiven Gesetze ein für allemal ausdrücklich verordnet worden, daß nur solche Klagen, welche das bürgerliche Recht bestätigt, in Gerichten zulässig sein sollten. Außer dem aber bringt es die Natur der Sache ganz ungezweifelt mit sich, daß man iene Einteilung grade umkehren, und iede natürliche Zwangpflicht in der Regel, auch in der bürgerlichen Societät als völlig wirksam und klagbar annehmen müsse, folglich die, der gerichtlichen Wirkung nach beschränkte natürliche Verbindlichkeit, nur als Ausnahme von der Regel, lediglich auf die einzelnen Fälle zu reduciren sei, wo die Gesetze dergleichen Limitation ausdrücklich verordnet haben.

*) Hiebei ist nachzusehen NETTELBLADT system. elem. iurispr. posit. germ. comm. general. §. 281. EICHMANN Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. 1. S. 87. n. 4.

§. 45.

Auch der Geist des römischen Rechts.

Daß die Bestimmung der Frage: ob und in wie ferne eine natürliche Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten wirksam sei? an sich davon, ob diese Verbindlichkeit in den Civil-Gesetzen wiederholt und bestätigt worden, oder nicht? keinesweges abhange, mithin die gewöhnliche Theorie, welche von dieser Distinktion ausgehet, nicht füglich anzunehmen sey, das haben wir im vorigen § aus allgemeinen Vernunftgründen dargethan. Wir haben aber zugegeben, daß die Sache sich anders verhalte, wenn in diesem oder ienem positiven Rechte wirklich die Verordnung enthalten, daß blos natürliche Rechte und Verbindlichkeiten nur dieienige Kraft und Wirkung haben sollten, welche die bürgerliche Legislation ihnen besonders beigeleget; und es entsteht daher nunmehro die Frage, was die in Teutschland geltende positiv-Gesetze in diesem Stücke eigentlich verordnen? Wir wollen mit dem römischen Rechte den Anfang machen. Daß in diesem Gesetzbuche verschiedene Aeusserungen enthalten sind, und manche Stellen vorkommen, welche der gemeinen Theorie das Wort zu reden scheinen, darf uns nach der Anlage der römischen Jurisprudenz und Gerichtsverfassung, wobei so vieles, ia fast alles auf Formeln und wörtliche Solemnitäten ankam, nicht Wunder nehmen. Und gleichwol ist nichts gewisser, als daß dieses Recht im Ganzen von dem

Lehrgebäude, welches die nachherigen Ausleger in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeiten daraus abstrahiren wollen, ganz ungemein entfernet sei. Eine kurze Prüfung derjenigen Stellen, worauf man sich vorzüglich zu berufen pflegt, wird dies näher ergeben. Wenn das römische Gesetzbuch selbst von der Verbindlichkeit überhaupt folgende Erklärung giebt, Est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae *secundum nostrae ciuitatis iura* 120). So soll hieraus klar hervorleuchten, daß ohne besondere Unterstützung des bürgerlichen Rechts, keine natürliche Verbindlichkeit, in Gerichten klagbar sei. Eben dieses scheint auch der Rechtsgelehrte **Julianus** 121) in folgenden Worten zu lehren: Licet *minus proprie* debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum recepisse; imgleichen **Ulpianus** wenn er schreibt 122). Nec seruus quidquam debere potest, nec seruo potest deberi; sed quum eo verbo *abutimur*, factum magis demonstramus, *quam ad ius ciuile referimus obligationem*; ferner an einer andern Stelle 123): Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque *actione vel iure ciuili*, *vel iure honorario*. Quodsi *natura* debeatur non sunt loco creditorum; endlich auch **Pomponius** 124): Vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur, *ex causa ciuili computandum est*. — Allein bei genauerer Prüfung

wird man diese Argumente sehr unerheblich befinden. Denn was zuförderst den gesetzlichen Begrif der Verbindlichkeit anlangt: So ist es zwar eine bekannte Sache, daß die in dem Justinianischen Rechtskörper vorkommende Definitionen sehr oft unrichtig, und selbst dem römischen Rechtssysteme nicht angemessen sind 125). Jedoch in gegenwärtigem Falle dürfen wir daraus kein Gegenargument hernehmen, weil die Ausleger den erwähnten Begrif hier wirklich ungemein gemisdeutet haben. Wir wollen uns in den Dispüt nicht mischen, ob iene Erklärung, wie **Cuiacius** dafür hält 126), lediglich nur die **bürgerliche**, oder, wie die mehrsten Ausleger mit **Westenberg** 127) glauben, die **vermischte** Verbindlichkeit beziele; so viel ist gewiß, daß der Ausdruck: *Secundum nostrae ciuitatis iura*, dessen sich der Imperator bedienet, sehr bequem dahin zu erklären sei, daß keine Verbindlichkeit *contra* nostrae ciuitatis iura angehen könne. Dies ist der Wahrheit gemäs, und da es verschiedene Fälle geben kann, wo im außergesellschaftlichen Zustande eine Verbindlichkeit statt finden würde, die aber im bürgerlichen Verhältnisse ganz und gar wegfällt: So wird man auch in einem Lehrbuche des Civilrechts den erwähnten Charakter, im Begrif der Obligation, nicht so ganz verwerflich finden. Daß hingegen alle die Verbindlichkeiten, welche das bürgerliche Recht nicht namentlich bestätiget hat, darum auch im Gerichte nicht völlig wirksam sein sollten, ist weder hier mit einem Worte angeführt, noch

auch

auch mit sonstigen römischen Gesetzen, welche wir unten näher kennen lernen werden, im geringsten zu vereinigen. Vergeblich beruft man sich auch auf die übrigen oben bereits angeführten Gesetze. Es giebt allerdings verschiedene natürliche Verbindlichkeiten, welche den völligen gerichtlichen Effekt nicht haben, und diese sind es, welche die römischen Juristen durch den Ausdruck: Obligatio naturalis, im eigentlichen Verstande andeuten wollen, wie sich unten noch deutlicher ergeben wird. Wenn sie also in dieser Bedeutung die natürliche Verbindlichkeit eine uneigentliche — impropriam siue abusiuam — nennen: So folgt doch bei weiten daraus noch nicht, daß sie auch in dem generellern Sinn alle und iede durch das bürgerliche Recht nicht namentlich bestätigte natürliche Verbindlichkeiten ohne Unterschied in foro ciuili nicht klagbar gehalten haben. Ein Satz, welchen keine einzige Stelle im ganzen römischen Rechte bestätigt. Diese Betrachtung wird hinreichend sein, die obigen Worte des **Julians** in L. 16. §. 4. de fideiuss. imgleichen des **Ulpians** in L. 41. D. de Peculio und L. 10. D. de Verb. Signif. in das gehörige Licht zu setzen. Wenn aber **Pomponius** in L. 49. §. 2. de Peculio schreibt: vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur, *ex causa ciuili* computandum est; so wird er von den Auslegern ungemein irrig dahin erklärt, als ob er selbst das fundamentum obligationis allemal aus bürgerlichen, nicht aber aus natürlichen Rechten hergeleitet

leitet wißen wolle. Der wahre Sinn ist unstreitig dieser: Obgleich zwischen dem Herrn und dem Knechte keine bürgerlich vollgültige, sondern nur eine, der gerichtlichen Wirkung nach, eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit statt findet: So muß doch, um leztere behaupten zu können, ein hinreichender Grund vorhanden, mithin der Fall von der Beschaffenheit sein, daß er nicht blos nach dem absoluten Naturrechte, sondern auch in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand an sich eine Verbindlichkeit hervorbringt. Gesezt, die angebliche Schuld des Herrn rühre aus einem durch bürgerliche Geseze verbotenem Versprechen her; dann fällt auch unstreitig der Begrif einer natürlichen Verbindlichkeit hinweg. Wer siehet also nicht, daß selbst da, wo die bürgerlichen Geseze in Ansehung der Erfüllung einer Verbindlichkeit ihren Beistand versagen, sehr oft der Fall eintreten könne, wo das Dasein der Verbindlichkeit an sich nicht ohne Rücksicht auf das Civilrecht bestimmt werden kann. Dieses nnd mehr nicht hat Pomponius durch den Ausdruck: ex causa ciuili computandum est, andeuten wollen. Man darf nur, um sich davon völlig zu überzeugen, die gleich darauf folgenden Worte betrachten. Ideoque, fährt er fort, si dominus in rationes suas referat se debere seruo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque vlla causa praecesserit debendi, *nuda ratio non facit eum debitorem.*

120) Princ. inst. de oblig.

121) L. 16. §. 4. de fideiuss.

122) L. 41. D. de peculio.

123) L. 10. D. de verb. signif.

124) L. 49. §. 2. D. de peculio.

125) So klagt z. B. DVARENVS *ad tit. de iudiciis; in operibus eiusd.* pag. 153. memini me aliquando integrum annum consumsisse in explicanda definitione iudicii sed tandem has nugas valeri iussi —.

126) CVIACIVS in notis ad pr. inst. de oblig.

127) *I. O.* WESTENBERG Diss. I. *de causis obligationum* cap. IV. §. 30.

§. 46.

Fortsetzung des vorigen.

Die vorzüglichsten Stellen also, worauf die gegenseitige Theorie gestützt wird, gereichen derselben gar nicht zur Rechtfertigung. Dagegen aber finden wir in so manchen andern Gesetzen, und überhaupt in der ganzen Anlage des römischen Rechts-Systems die deutlichste Wiederlegung derselben. Anstatt daß nach der gemeinen Meinung die im bürgerlichen Rechte nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit den völligen gerichtlichen Effeckt nicht haben soll, wird an unzäligen Stellen gerade das Gegenteil gelehret, und der Richter sogar mehr auf Naturrecht und natürliche Billigkeit, als auf den Buchstaben der bürgerlichen Gesetze verwiesen. Placuit, so lauten die Worte in L. 8. Cod. de Iudiciis, in omnibus rebus praeci-

puam

puam esse iustitiae *aequitatisque*, quam stricti iuris rationem, und an einer andern Stelle (128) etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen *vbi aequitas euidens* poscit, subueniendum est. Wiederum (129): in omnibus quidem, *maxime tamen in iure aequitas spectanda est.* Wie deutlich ist nicht ferner die Vorschrift, welche dem Richter in folgenden Worten gemacht wird 130): In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, huic actioni addictus. Wie vortreflich endlich folgende Stelle 131): Si moratus sit promissor, haesitatur, an si postea in mora non fuerit extinguatur superior mora? et Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit in soluendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: *esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.* Wer nun bei so klar redenden Gesetzen noch einen Augenblick daran zweifeln wollte, ob eine aus der blossen natürlichen Billigkeit erhobene Klage in den römischen Gerichten zuläßig gewesen? der müßte mit Vorsatz der Wahrheit wiedersprechen wollen. War nicht grade zu diesem Endzwecke, die sogenannte actio in factum ganz besonders frequent? War sie nicht diejenige Klage, wodurch natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedenket, verfolget wurden? *Cum*, sagt der Imperator, 132) *non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio* placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in*

factum

factum actione teneri. Den Grund hievon können wir füglich mit den Worten des Paulus angeben: *hoc aequitas suggerit*, etsi iure deficiamur. 133) Aus diesem perpetuirlichen Fundamente der actionis in factum leuchtet klar hervor, daß solche überall statt gefunden, sobald eine natürliche Zwangpflicht vorhanden, welche durch bürgerliche Gesetze weder wörtlich vorgeschrieben, noch aus der Analogie derselben herzuleiten war 134). Ich kann, was diesen Punkt anbetrift, einen wichtigen Gewährsmann für mich anführen, einen J. H. Boehmer, welcher hievon also schreibt 135): Iure Consulti actionem in factum toties dederunt, *quoties fundamentum aequitatis in casu quodam deprehensum fuit.* Neque vero credendum est, tantum huic actioni locum esse in exemplis illis quae in iure Romano traduntur, et iureconsultorum decisioni submissa fuerunt. Nam casus hi tantum *exempla* suggerunt, hanc actionem autem minime ad illa *restringunt*, quae in iure Romano occurrunt. Sicuti enim obligatio ex variis causarum figuris oritur, ita impossibile est omnes casus referre. Superstitiosi, ne quid gravius dicam, illi sunt, qui extra casus in iure propositos, huic actioni nullum locum relinquunt, cum tamen exempla regulam non semper exhauriant. So wahr und recht diese Meinung des berühmten Böhmers ist, so wenig kann ich damit den Beifall vereinigen, welchen er an einer andern oben bereits angeführten Stelle dem gewöhnlichen Lehrgebäude vom gerichlichen Verhältnisse

hältnisse natürlicher Verbindlichkeiten zu erteilen unbedenklich gefunden. Man vergleiche hiemit noch andre Gesetz-Stellen, welche Böhmer zwar nicht angemerket hat, gleichwol aber die Sache ungemein aufklären. Wenn nämlich **Ulpianus** 136) also schreibt: lex naturae haec est, vt qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur *nisi lex specialis aliud inducit;* Wenn Modestinus 137) behauptet: si quis propter aegritudinem vel aliam necessitatem constituto tempore non poterit venire, ignoscendum ei est, *cuius fidem tam etsi sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia*, tamen et constitutio Imperatorum Veri et Antonini haec dicit. Ja wenn ersterer überhaupt die Regel vorträgt 138 a) vbi de bona fide agitur, non congruit de apicibus iuris disputare, *sed de hoc tantum, debitor fuerit ne?* Und wenn endlich die Zuläßigkeit gerichtlicher Klagen in solchen Fällen durch folgende gesetzliche Vorschriften 138 b) hinlänglich begründet wird: *Quum deficiant vulgaria atque vsitata actionum nomina* praescriptis verbis agendum est, — in quam confugere necesse est, *quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae iure ciuili proditae sunt.* Natura enim rerum conditum est, vt plura sint negotia, quam vocabula. — Inde quia actionum non plenus numerus esset, *plerumque actiones in factum desiderantur.* — Ideo si glans ex arbore tua, in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occur-

rere

legitimam actionem, — *in factum itaque erit agendum:* — Was folgt aus diesem allen anders, als daß selbst nach römischen Rechten in der Regel die natürlich vollkommene Verbindlichkeit auch ohne besondre Zustimmung der bürgerlichen Geseze, dennoch in foro ciuili vollgültig und klagbar sei, daß es folglich unter die Ausnamen gehöre, wenn in diesem oder ienem Falle die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Teil ceßiret. Unmöglich kann also dieienige Lehre richtig sein, welche die Sache grade umkehrt, und denen im bürgerlichen Recht nicht bestätigten natürlichen Befugnißen den effectum agendi versagt.

128) L. 7. D. *de in integr. restit.*

129) L. 90. D. *de regul. iur.*

130) L. 4. §. 1. *de eo quod certo loco.*

131) L. 91. §. 3. D. de V. O.

132) §. vlt. I. *de lege aquilia.* C. F. MEISTER *de in factum actionibus* Goett. 1748. *I. L.* SCHMIDT praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, Jena 1778. §. 26. in den Worten: „Sonst bedeutet actio in factum „dieienige Klage, welche weder aus den Worten, „noch aus dem Sinn der (civil) Geseze, sondern „aus der Billigkeit entspringt." Einen eleganten Beitrag zu dieser Materie liefert die inaugural Dissertation meines sehr wehrten Freundes des Herrn Doktors *I. F. Th.* BURCHARD *de actione in factum ex Lege XXXI. §. XVII. π de aedilitio edicto.* Kiliae Holsat. 1781.

133) L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae plur.

134) In dem letztern Fall, wenn die Klage zwar nicht durch den Buchstaben der Civil-Gesetze, wol aber durch den Grund derselben bestättigt war, ward sie mit dem Nahmen einer actionis utilis bezeichnet. Diese distinguirt der Imperator selbst von der eigentlichen actione in factum ausdrücklich: Quum *non sufficiat* neque directa, *neque vtilis* legis aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. *Mich.* GRASSII *praxis antiqua et moderna actionum forensium, in specie directarum et utilium* Tubing. 1726. *Frid Gottl.* ZOLLERI Differt. *de actionibus vtilibus*. Lipsiae 1743.

135) *I. H.* BOEHMER *doctrina de actionibus* sect. 2. cap. 5. §. 13.

136) L. 24. D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.*

137) L. 13. §. 7. D. *de excusat. tutor.*

138) a) L. 29. §. 4. D. Mandati.

138) b) L. 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. D. *de praescr. verb.*

§. 47.

Auch das kanonische Recht und der heutige Gerichtsgebrauch.

So weit vom römischen Rechte. Betrachten wir nun vollends die Sache nach den Vorschriften des geistlichen Rechts, und in Rücksicht auf den heutigen Gerichtsgebrauch: So wird sie noch auffallender. Weil aber, was diesen Punkt anbetrift, ein berühmter Gelehrter 139) uns bereits vorgearbeitet hat: So wollen wir, statt einer weitern Ausführung, die eigenen Worte desselben ganz hieher

hieher setzen. — „Die Frage: Ob aus der bloßen „natürlichen Billigkeit Klagen entspringen, ist „nach den Lehrbegriffen bezweiffelt. Ein Satz, „der zu sehr nach den alten römischen Formeln „schmeckt, als daß heut zu Tage davon Gebrauch „gemacht werden könnte. Die tägliche Erfarung „ist vor deren Zulässigkeit, und folgende Gründe „unterstützen sie. 1) Selbst die römischen Rechts„gelehrten, nicht blos die, welche unter dem Kai„ser Augustus gleichsam gesetzliche Gutachten er„teilten, haben manche Klagen aus diesem Grunde „eingeführt, welche in keinem Gesetze, weder aus„drücklich, noch stillschweigend bestimt waren. „2) Das geistliche Recht, welches in proceßua„lischen Materien dem römischen Rechte vorzuzie„hen ist, will, daß nicht mit Spitzfindigkeit un„tersucht werden soll, was vor eine Klage ange„stellet sei, sondern es soll nur auf die Sache „Rücksicht genommen werden, cap. 6. X. de iu„dic. 140). 3) Die Teutschen haben nie eine „festgesetzte Anzal derer Klagen gehabt, sondern „die Verbindlichkeiten blos nach der natürlichen „Billigkeit abgemessen. Nie aber ist der römische „Proceß, am wenigsten das Formularrecht, zur „Anwendung gekommen. 4) Die Rechtslehrer „tragen kein Bedenken, da aus der natürlichen „Billigkeit Klagen zu gestatten, wo die römischen „Gesetze keine eingeführt haben. Wider den „L. 48. D. de rei vind. und L. 33. D. de cond. „indeb. verstatten Huber 141) und Heinec„cius 142) heut zu Tage mit Recht die Klage

„nach der natürlichen Billigkeit demienigen, wel„cher auf fremden Grund und Boden gebauet hat. „Die Gränzen, wie weit Klagen nach der bloßen „natürlichen Billigkeit zugelassen werden können, „sind diese: a) **muß die Billigkeit nicht wi„der ein geltendes Gesetz anlaufen; b) muß „sie in einem unleugbaren Grundsatze des „natürlichen Rechts gegründet sein; und „c) ein Zwangrecht zum Grunde haben.**“

139) **Justus Claproth** Einleitung in den ordentlichen Proceß, Erster Theil, erste Abtheilung. §. 1. not. b.

140) Die Worte dieses cap. lauten also: Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis; sed simpliciter, et pure *factum ipsum, et rei veritatem* secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta inuestigare curetis. Mancher Advokat und Prokurator, auch wol nach Gelegenheit mancher Richter, dem herzlich bange werden sollte, wenn er das eigentliche genus actionis institutae angeben müste, hat Ursache hiefür das Andenken des Pabstes **Alexander** III. zu seegnen: *Tibi molliter ossa quiescant!* obgleich die wahre Absicht des angeführten Textes keines weges dahin gehet, das gründliche Studium der Lehre von Klagen und Einreden, welches leider, wie die Erfarung bei hohen und niedren Gerichten ergiebt, sehr oft mit Aßembleen, mit L'hombre und Hazardspielen in starke Collision gerät, ganz überflüßig zu machen.

141) HVBER ad inst. tit. de rer. diuis. §. 40.

142) HEINECCIVS elem. iur. civil. sec. ord. instit. §. 366.

§. 48.

§. 48.

II.) Von der sogenannten obligatione naturali reprobata siue plane destructa.

Die zweite Einteilung der natürlichen Verbindlichkeit, in solche, die das bürgerliche Gesetz durchaus verwirft — und solche, die zwar nicht bestättigt, aber auch nicht gemisbilligt sind — ist in Grundlage des gemeinen Lehrbegrifs vielen Bedenklichkeiten unterworfen; sie scheint noch manche Berichtigungen zu erfordern, wenn sie der Wahrheit angemessen, und von allen Irrtümern gereinigt sein soll. Eine gänzlich aufgehobene natürliche Verbindlichkeit obligatio naturalis reprobata s. plane destructa ist nach der gemeinen Erklärung sodann vorhanden; wenn durch positive Gesetze einer natürlichen Verbindlichkeit alle Wirkung genommen worden. Der unterscheidende Charakter wird darinn gesetzt, wenn die Rechte jemanden verstatten, dasjenige, was er vermöge der natürlichen Verbindlichkeit schon gegeben hat, vermittelst der condictionis indebiti wieder zu fordern. Dies ist es, was die Gelehrten im allgemeinen zur Erläuterung der Sache hinreichend glauben; und man wird schwerlich in den Systemen und Lehrbüchern etwas bestimmteres antreffen. Ich glaube aber mit Grunde folgendes dagegen erinnern zu können. Zuförderst ist 1) der Begrif einer gänzlich aufgehobenen natürlichen Verbindlichkeit sehr mislich, wenn wir

ihm nichts, als die alleinige Unwirksamkeit in den Civil-Gerichten, zur Bedeckung mitgeben können. Denn Verbindlichkeit an sich, und gerichtliche Wirkung derselben sind zweierlei. Der Gedanke, daß iene darum gänzlich ceßiren sollte, weil diese nicht statt findet, kann unmöglich richtig sein. — Wenn nun aber gleichwol in denen Fällen, welche wirklich hieher gehören, und auch in den Lehrbüchern als Beispiele aufgeführet werden, in der Regel die natürliche Verbindlichkeit selbst wirklich wegfällt: So muß dieses aus andern Gründen erklärt werden; der alleinige Umstand, daß die Verbindlichkeit in Gerichten nicht attendiret wird, ist dazu bei weitem nicht hinreichend 143). Denken wir uns eine Handlung, die im aussergesellschaftlichen Zustande erlaubt, und rechtsverbindlich sein würde, die aber durch positive Gesetze durchaus verboten, folglich unerlaubt und rechtswidrig ist. Was folgt hieraus? So viel, daß dergleichen Handlungen in der bürgerlichen Societät gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit hervorbringen, weil wir selbst nach den Vorschriften der Vernunft schuldig sind, den Gesetzen des Staats, darin wir leben, gemäs zu handeln; folglich keine natürliche Verbindlichkeit, wider dieselben denkbar ist. Siehet man nun in den Lehrbüchern die Materie von der sogenannten obligatione naturali reprobata wieder nach; so wird man gerade dieienigen Fälle, wo verbietende positive Gesetze der natürlichen

Ver-

Verbindlichkeit im Wege stehen, dahin gerechnet finden. Diesen Umstand sollte man daher vor allen Dingen genau entwickeln, und sodann die Folgen, welche davon unzertrennlich sind, näher erklären. Anstatt aber so zu verfahren, hält man es für hinreichend, die ganze Erklärung darauf zu beschränken, daß die bürgerlichen Rechte den natürlichen Verbindlichkeiten dieser Art allen gerichtlichen Effekt ganz versagt hätten. Daß dieses nun zu mancherlei irrigen Vorstellungen, und andern Unbequemlichkeiten Anlas gebe, fällt beim ersten Anblick in die Augen. Denn so ist 3) der gänzlich ceßirende Effekt solcher angeblichen Verbindlichkeit eigentlich nur das Resultat desienigen Verhältnisses, worinn eine ausser dem Staat erlaubte und rechtsverbindliche Handlung sich im bürgerlichen Zustande befindet. Wer findet es daher nicht notwendig, daß mit gehöriger Erörterung dieses Verhältnisses der Vortrag angehoben, und eben daraus das Resultat erkläret werden müsse; Wer siehet aber nicht, daß es höchst unschicklich sei, wenn die Sache umgekehrt, und mit dem Resultat der Anfang gemacht, ia das eigentliche Principium selbst darüber fast gänzlich ausser Acht gelassen wird 144). Unter solchen Umständen konnte 4) der Mißverstand nicht lange ausbleiben, daß man sich wol gar in Fällen dieser Art das wirkliche Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich als fortdaurend gedenket, die sich von den übrigen nur dadurch unterscheiden soll, daß sie in foro ciuili gar nicht attendirt wird. —

Wenn die Rechtsgelehrten bei der condictione indebiti den Satz vortragen, daß die Zurückforderung wegfalle, sobald nur eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden; wenn sie behaupten, daß eine Verpfändung auch wegen natürlicher Verbindlichkeiten gültig geschehen könne: So setzen sie in beiden Fällen ausdrücklich als Ausnahme hinzu: *nisi* obligatio naturalis sit reprobata, s. per legem ciuilem plane destructa 145); da doch in den Fällen dieser sogenannten reprobirten Obligation, sobald die Sache im allgemeinen genommen wird, eigentlich gar keine natürliche Verbindlichkeit des Bürgers und Untertanen vorhanden, folglich iene Ausnahme offenbar wunderlich ist. Es ist nicht zu leugnen, daß in einigen der erwähnten Fälle nach gewissen individuellen Umständen, des bürgerlichen Verbots, und gänzlich fehlenden gerichtlichen Effekts ungeachtet, dennoch eine natürliche Verbindlichkeit an sich gar wol denkbar sei. Ich muß aber die nähere Erläuterung darüber der Folge vorbehalten. Vorläufig nur diese Anmerkung. Weil man sich, wie gesagt, in gegenwärtiger Materie, um das wahre und eigentliche Principium gar nicht bekümmert; so kommt es eben daher, daß man 5) die verschiedene Art und Weise, wie eine natürlich erlaubte Handlung bürgerlich verboten werden kann, nicht in Betrachtung ziehet, und manche Fälle, die doch unter sich noch sehr verschieden sind, nach einerlei Grundsätzen behandelt. So komt z. B. die Bürgschaft einer Frauensperson

mit

mit dem übertriebenen Wucher, und dem Hazardspiele darin überein, daß sie durch positive Gesetze verboten worden. Allein, das innere Gefühl lehrt uns schon, daß in Rücksicht auf Verbindlichkeit an sich zumal in conscientia, auf Recht und Unrecht überhaupt hier nicht durchgängig alles einerlei sei; sondern noch mancher Unterschied eintrete, welchen selbst die bürgerlichen Gesetze nicht verkennen; denn es ist bekannt, und wird allenfalls unten mit mehrerm gezeigt werden, daß der Zinswucher, imgleichen eine verbotene Spielschuld, wenn sie gleich wissentlich indebite gezalet worden, wieder zurück gefordert werden könne, hingegen einer Frauensperson, welche wuste, daß sie nicht aus der Bürgschaft gehalten sei, und dennoch bezalete, die Zurückforderung nicht zustehe. Nach den gemeinen Lehrbegriffen ist man nicht vermögend, hievon eine gründliche Aufklärung zu machen, indem sie überhaupt in dieser ganzen Materie ungemein vieles ganz unbestimmt und schwankend zurücklassen.

143) *Hugo Donellus* Lib. XII. *Comment. iur. ciuil.* Cap. 2. n. 50. in den Worten: Vbi sit haec obligatio atque hoc vinculum naturae *ex causa et origine* aestimandum est. Ex effectu autem non potest de illo responderi, nisi praepostere. Prius enim obligationem esse oportet, sic deinde quaeri, quem effectum habeat.

144) Der bekannte Uebersetzer des Buchs des erreurs et de la verité, druckt sich hierüber in der Vorrede nach seiner Art also aus „der Grund-

„satz des Verfassers, daß das Resultat aus und
„durch das Principium, und nicht des Princi-
„pium durch und aus dem Resultat erklärt und
„erkannt werden müsse, und daß die menschli-
„chen Wissenschaften grade darum, weil sie um-
„gekehrt verfahren, so krüpplicht und leblos sind,
„dürfte Widerspruch finden. Da indes doch das
„Principium das erste, und das Resultat aller-
„erst das zweite ist: So scheint, beim Resultat
„anfangen, wirklich beim unrechten Ende an-
„gefangen zu sein.

145) FROMMANN diss. de obligatione naturali §. 61. in den Worten: Interdum factum aliquod sua natura haud turpe, pro turpi habetur, *legis civilis prohibitione interueniente.* Quae tamen prohibitio promissorem vix ab omni obligatione, ad minimum non a naturali liberabit. Wir werden in der Folge sehen, wie bald dieser Schriftsteller wieder einlenken, ia sich selbst wiedersprechen könne. VASQVIVS *controuers. illustr.* XVI. 2. behauptet: omnem conuentionem modo naturalis subsit aequitas, etsi iure civili non tantum destituatur, sed et pro nulla habeatur, vinculum naturale producere.

146) HELLFELD *iurisprud. forens.* §. 830. n. 864. HOEPFNER elem. iur. civ. §. 833.

§. 49.

III.) Von den Liebespflichten.

In der vorläufigen Abhandlung von der Verbindlichkeit, und deren verschiedenen Einteilungen überhaupt haben wir uns bereits über diesen Gegenstand mit den Philosophen, und den Lehrern des Naturrechts unterhalten. Jezt wollen wir

wir dasienige, was die Civilisten von der Sache vorzutragen pflegen, einer kurzen Prüfung unterziehen. Ihre Theorie erhält aber 1) gleich anfangs ein misliches Ansehen, wenn sie diese Liebespflichten unter dieienigen natürlichen Verbindlichkeiten mit rangiren, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat. Wahr ist es, daß die Erfüllung derselben nicht vermittelst einer Klage gefordert werden könne. Allein hievon ist der wahre Grund selbst in der Natur und dem Wesen dieser Pflichten, keinesweges aber in einer Verordnung des Civil-Rechts zu setzen. Denn da sie an sich auch im aussergesellschaftlichen Zustande mit Gewalt nicht erzwungen werden können: So läßt sich ohne Widerspruch nicht behaupten, daß die Civil-Gesetze ihnen eine Wirkung entzogen hätten, welche sie doch ihrer Natur nach nicht haben. Sie stehen also, wie der Augenschein ergiebt, in den Systemen und Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts offenbar am unrechten Orte, wenn sie mit wirklichen Zwangpflichten, die nur durch besondere Vorschrift des Civil-Rechts ganz oder zum Teil unerzwingbar geworden sind, eine Klasse formiren 147). Wahr ist es 2) daß die einmal geschehene Erfüllung einer Liebespflicht, vermittelst der condictionis indebiti nicht zurück gefordert werden könne. Allein, wenn die Gelehrten den Grund hievon darin setzen, weil auch unvollkommene Verbindlichkeiten an sich der Zurückforderung entgegen stünden 148): So dürften sie die Sache schwerlich getroffen ha-

 ben.

Richtiger urteilt Coccei 149) in folgenden Worten: non quia debitum naturale fuit, sed quia donatum est; retinet ergo, qui accepit, non quia antea debitum fuit natura, sed quia nunc donatum, non ex causa praecedente, sed ex ipsa solutione, quae hic donatio est; imgleichen Hugo Donell 150) wenn er schreibt: Quaesitum est, an, qui beneficium accepit, obligetur danti naturaliter ad id reddendum, sitque ea obligatio naturalis, quae admittat effectus quosdam in foro ciuili. Sed verius est, nullam hic nasci naturalem obligationem que vllos effectus ciuiles producat. Non valere puta ad indebiti soluti retentionem. Man scheint den Saz, daß unvollkommene Verbindlichkeiten an sich die condictionem indebiti unzuläßig machten, in seinem ganzen Umfange nicht gehörig geprüft zu haben. Denn verhielte sich die Sache wirklich so: So würde folgen, daß, wenn jemand etwa glaubte, seinem Wolthäter ex mutuo schuldig zu sein, und aus Irrtum bezalete, wegen der natürlichen Verbindlichkeit zur Wiedervergeltung, die condictio indebiti wegfalle. Dies zu behaupten, wird sich wol niemand entschliessen 151), und gleichwol ist in denen Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit an sich die Zurückforderung ausschliesset, auch unter den ebengedachten Umständen die Retention und Kompensation ohne Bedenken zuläßig 152). Nur derienige also, welcher in der Absicht, ein Officium humanitatis auszuüben, etwas bezalet, oder gegeben hat, darf solches in der Folge nicht wie-

der

der kondiciren, und zwar aus keinem andern Grunde, als welchen die Geseze selbst mit ausdrücklichen Worten angegeben: *Quia donare voluit* 153). So verhält sich die Sache in der Regel. Inzwischen hat das römische Gesezbuch in in einigen besondern Fällen den blossen Liebespflichten die Wirkung beigelegt, daß sie gewissermassen an sich der Zurückforderung einer selbst aus Irrtum et sine animo donandi geschehenen Prästation, im Wege stehen 154). Diese besondern Verordnungen hätte man aber 3) billig als Ausnahmen von der Regel behandeln, nicht aber auf alle übrige Liebespflichten hinausdehnen sollen 155). Man pflegt endlich 4) im allgemeinen zwar nicht unbemerkt zu lassen, daß eine sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit zum öftern durch bürgerliche Geseze zur Zwangpflicht erhoben werde. Daß aber dieser Fall sich nicht immer gleich bleibe, sondern in mancherlei Verschiedenheit eintreten könne, daß die Civil-Geseze hier addendo fast eben die Modifikationen beobachten, wonach sie bei den natürlichen Zwangpflichten detrahendo verfahren, folglich iene Verbindlichkeiten bald durch Klagen, bald aber nur durch Einreden, durch Kompensation und Zurückbehaltung geltend gemacht werden können, dies alles genau zu entwickeln, und auf die wahren Gründe zurück zu führen, hat man sich zur Zeit noch nicht angelegen sein lassen.

147) Man findet eine solche Klassification unter andern beim WESTENBERG diss. I. de causis obli-

obligationum Cap. 4. §. 9. sequ. ingleichen beim HAHN ad WSENBECCIVM Tit. *de obligationibus et act.* N. V.

148) HVGO GROTIVS I. B. et P. Lib. 2. c. 14. n. 6. LAVTERBACH *Compend. Pandectar. Tit. de condict. indeb.* pag. 200. HELLFELD iurisprud. forens. §. 829.

149) *Sam.* de COCCEII *in iure controuerso* Lib. XII. Tit. VI. Quaest. 5. Man lese auch vorzüglich bei dieser Materie: *Henrici* de COCCEII diss. *de antidoris* in dessen *exercitationibus curiosis* Lemgoviae 1722. Vol. 2. p. 859. und *Ioh. Balthas.* de WERNHER diss. *de auctoritate iuris ciuilis circa obligationem naturalem* §. 9.

150) *Hugo* DONELLVS Lib. XII. *comment. iuris civilis* Cap. 2. §. *Quaesitum est etc.* Tom. II. p. m. 8.

151) *Henr.* de COCCEII in der angeführten Dissertation Tit. 3. §. 9. *Sam.* de COCCEII in iure controuerso, ingleichen DONELL am angeführten Orte nehmen hieraus mit Recht den vorzüglichsten Grund für ihre Meinung her.

152) L. 6. D. de compensat. *Henr.* ZOESIVS *Comment. ad Pandect.* Lib. XII. Tit. VI. n. 6. 7. *Ioh.* ROBERTVS AVRELIVS Lib. I. *Sentent. iur.* Cap. VI. BACHOV de actionib. Diss. IV. th. 16. *Anton.* SCHVLTING Diss. *de obligat. natur.* Cap. IV. in seinen Comment. acad. Tom. I. pag. 13.

153) L. 65. §. 2. D. de *Condict. indebiti.*

154) SCHVLTING a. a. O. Cap. 6. u. 12.

155) Quod uero quidam omnem ex quacunque tandem pietate, humanitate et misericordia obli-

obligationem huc transferunt, vereor, ne sit ἀπροσδιόνυσον; quum causae hac, si solae sint, nil efficiunt aliud, quam vt pietatis gratia *a sciente* praestita frustra repetantur. Huc refero L. 14. §. 7. D. de religios. Aliae quas adducunt, nil huc faciunt. SCHVLTING Cap. VII. pag. 19. Ich habe die Gesetzstellen, worauf man sich vorzüglich zu beruffen pflegt, die LL. 32. §. 2. 52. und 65. §. 2. D. *de condict. indeb.* hier darum nicht besonders durchgehen mögen; weil ich solche bereits in meinem Traktat: *de vsuris indebite solutis, earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione* §. 7. p. 44. hinlänglich erläutert habe.

§. 50.

IV. Von der sogenannten obligatione naturali haud reprobata.

Die Ordnung führt uns nunmehro viertens zu derienigen natürlichen Verbindlichkeit, welche der gerichtlichen Wirkung nach durch bürgerliche Gesetze nur eingeschränkt ist; Obligatio naturalis *efficax* wird sie von verschiedenen genannt 156), weil sie doch einigen Effekt in foro ciuili hat; von andern aber inefficax 157) weil sie nicht völlig wirksam ist; bei den neuern ist die Benennung: obligatio naturalis haud reprobata die gewöhnlichste 158). Frägt man nun, in wie ferne sie der gerichtlichen Wirkung nach durch positive Gesetze eingeschränkt sei? So ist die gewöhnliche Antwort diese: Es findet wegen solcher Verbindlichkeiten gar keine Klage, wol aber die ganze

Summe

Summe aller übrigen gerichtlichen Wirkung statt. Man kann eine Einrede daraus hernehmen, das Innbehaltungsrecht ausüben, die Kompensation vorschützen, sich an den Bürgen, wie auch an die verpfändete Sachen halten, u. d. m. Solchergestalt reducirt sich also das Verhältnis aller natürlichen Verbindlichkeiten in Absicht der gerichtlichen Wirkung im Ganzen nur auf zwei Fälle: Entweder die Verbindlichkeit ist durchaus **ohne allen Effekt**, oder **nur nicht klagbar**, übrigens aber völlig wirksam. Daß in diesem Lehr-Systeme noch manche Lücke vorhanden sei, ist, meinem Bedünken nach, leicht zu erweisen. Unter den übrigen Wirkungen, welche diesen Verbindlichkeiten annoch verbleiben sollen, sind einige die sich bei der fehlenden Befugnis zu klagen, unmöglich in ihrem ganzen Umfange durchgängig annehmen lassen. Soll wegen einer Verbindlichkeit, die an sich nicht klagbar ist, die Verpfändung, und die Bürgschaft vollgültig sein: So entstehet die Frage: in wie ferne der Gläubiger sich an das Pfand und den Bürgen halten dürfe? Kann er dies durchgängig in dem ganzen Umfange, wie er sonst dazu berechtigt ist, wenn die Hauptverbindlichkeit völlig wirksam ist? Gesezt also der filius familias, dem ich Geld angeliehen, hat mir eine hypothekarische Verschreibung erteilet; oder es hat sich iemand für seine Schuld bei mir verbürget; kann ich nunmehro das Pfand, es befinde sich in meinem, oder in des Schuldners, oder eines Dritten Besitze, ohne weitere Ausnahme

wahr-

wahrnehmen und verfolgen? Kan ich den Bürgen *indistincte* in Anspruch nehmen? Oder giebt es nicht Fälle, da er sich des beneficii cedendarum actionum bedienen kann, und wie bin ich vermögend, dieser seiner Befugnis zu genügen, der ich selbst kein Recht zu klagen habe? Wer diese Fragen etwa ohne alle Schwierigkeiten finden sollte, der beurteile einenteils nicht alle Leser nach seinen Einsichten, anderenteils aber wird man wenigstens zugeben; daß es nicht verantwortlich sei, wenn unsere Lehrbücher und Systeme hierüber nicht die mindeste bestimmte Aufklärung enthalten, sondern den Grundsatz, daß wegen einer blos natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit, die Verpfändung sowol, als auch die Verbürgung gültig geschehen könne, in möglichst allgemeinen Ausdrücken hinwerfen, ohne sich im geringsten mit einer genauern Entwickelung befassen. Voriezt nicht mehr hievon; das wahre Verhältniß der Sache gehörig auseinander zu setzen, wird in der Folge unsere Beschäftigung sein. Ausser den bisher erwähnten Mängeln des gewöhnlichen Lehrbegrifs zeichnen sich aber zweene noch ganz besonders aus; indem sie auf unser Rechtssystem im Ganzen einen beträchtlichen Einfluß haben. Von diesen daher sogleich mit mehrerm.

156) *I. O.* WESTENBERG Dissert. I. *de caussis obligationum* Cap. 4. §. 7. 8. HAHN ad WESENBECC. tit. de obligat. et action. N. V. SCHULTING de naturali obligatione Cap. 4. verglichen mit Cap. 5. im Anfange; woraus deutlich erhellet, daß an der ersten Stelle in der

neue=

neuesten Ausgabe aus Versehen die Worte: *aliam efficacem* ausgelassen worden.

157) *Hugo* DONELLVS Lib. XII. Comment. iur. ciuil. Cap. 2. Num. 20. Tom. 2. pag. 6.

158) HELLFELD iurispr. forens. §. 26. HOEPFNER elem. iur. ciuil. Heinecc. §. 767.

§. 51.

V.) Es genügt nicht, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung nur zum Teil eingeschränkt worden, blos dahin bestimmt wird, daß die Gesetze deshalb gar keine Klage, wol aber die übrigen Effekte zuliessen.

Es giebt allerdings verschiedene Fälle, wo jemand nach natürlichen Rechten vollkommen schuldig ist, einem andern etwas zu leisten; seine Verbindlichkeit auch im Gerichte nicht ganz unwirksam, sondern nur gewissermassen eingeschränkt ist, dergestalt, daß der Gläubiger nicht durchgängig diejenigen Mittel gebrauchen darf, welche in der Regel, um ein vollkommenes Recht geltend zu machen, statt finden. Denken wir uns nun auf der einen Seite die ganze Summe dieser gerichtlichen Wirkungen; so werden wir auch auf der andern Seite sehr leicht einsehen, das die Einschränkung derselben auf weit mehr als einer Art geschehen könne. Jede Befugniß, wenn sie in einem wirklichen Zwangrechte bestehet, berechtigt uns

uns 1) unsere Forderung vermittelst einer Klage zu verfolgen, und zwar dahin, daß wir 2) gänzlich, ohne Abzug, auch 3) zur gehörigen, einmal durch Vertrag, oder Gesetz bestimmten Zeit befriedigt werden. Der Schuldner muß auch 4) gerade dasienige leisten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man sagt, aliud pro alio. Der Kreditor aber ist berechtigt, 5) seine Schuld mit seiner Forderung zu kompensiren, 6) sich an die Bürgen und Pfänder zu halten. 7) Was der Schuldner bezalt, wird ein wirkliches Eigentum des Gläubigers, weshalb iener die Einmal geleistete Zalung nicht wieder zurückfordern kann; vielmehr kann der Gläubiger, 8) wenn der Schuldner etwa wider ihn klagend auftreten sollte, seinen Anspruch teils durch die Widerklage urgiren, teils durch vorgeschüzte Einreden decken. Gleichwie also die Rechte des Gläubigers, und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit mancherlei sind: So lassen sich auch natürlicher Weise hier eben so viele Einschränkungen gedenken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch bürgerliche Vorschrift entweder ganz oder nur zum Teil entfernet ist. Gehen wir nun die bürgerlichen Gesetze durch: So zeigt sich auch diese Verschiedenheit wirklich. Bald ist wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die alleinige Klage durchaus unzuläßig, bald nur in gewisser Hinsicht, so, daß z. B. nicht die ganze Schuld, wol aber ein Teil davon, eingeklagt

werden kann; bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, bald darf er auf den ordentlichen Zahlungs-Termin nicht bestehen, sondern er muß dem Schuldner Nachsicht gönnen; u. d. m. Daß also die Lehre dererienigen, welche die ganze Einschränkung des gerichtlichen Effekts natürlicher Verbindlichkeiten lediglich darauf reduciren, daß die Klage gänzlich wegfalle, alle übrige Wirkungen aber fortdaurend blieben, daß diese Lehre offenbar unzulänglich sei, fällt in die Augen. Schon dasienige, was **Paullus** 159) und **Julian** 160) mit gleichen Worten über die Sache geurteilt haben: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio *aliqua* earum nomine competit, verum etiam, si soluta pecunia repeti non possit, macht iene Theorie äußerst bedenklich; und wir finden sie vollends anzutreffend, wann wir erwägen, 1) daß sogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormundes kontrahiret hat, die Klage nicht **durchaus** wegfalle, sondern, daß er bekanntlich belangt werden könne, **in so ferne** er durch den Handel reicher geworden. *Naturaliter* tamen, so lauten die Worte des **Ulpian** 161), obligatur, in quantum locupletior factus est; hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuiuis actionem *in quantum locupletior factus est*, dandam esse, D. Pius rescripsit; daß ferner 2) in verschiedenen Fällen dem Schuldner die Rechtswolthat erteilet worden, nur **in so ferne**, als es sein standesmäßiger Unterhalt zuläßt, in quantum

facere

facere potest, belangt werden zu können 162). Ist er aber darum weniger natürlich verbunden, das Ganze zu bezalen? Ich denke nicht. Gesezt also, er bezalt seine ganze Schuld, weil er glaubt, daß sein Unterhalt dadurch nicht leiden werde, sollte er wol, wann er hierinn geirret hätte, die Zurückforderung mit gutem Erfolge anstellen können? **Ulpian** entscheidet die Frage dahin 163): Et maritus, quum nil facere possit, si dotem soluerit, in ea causa est, vt repetere non possit. Hier ist also, wie ein ieder siehet, eine natürliche, in Ansehung des gerichtlichen Effekts eingeschränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobei iedoch das Recht zu klagen nicht **gänzlich wegfällt**, sondern nur **gewissermaßen limitirt** ist. Auf diesen Fall passen auch die obigen Worte des **Paullus** und **Julian** sehr gut. Die Verbindlichkeit an sich geht hier weiter, als geklagt werden kann, daher der erste Saz: Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio *aliqua* earum nomine competit. Sie geht immer auf das Ganze, und hindert deshalb die Zurückforderung, wann es etwa bezalet worden; daher wird hinzugefügt: verum etiam si soluta pecunia repeti non possit. Dies mag vorläufig zur Bestreitung des gewöhnlichen Lehrbegrifs in dieser Hinsicht genügen. Mehrere Arten solcher Limitationen der Rechte des Gläubigers, und der Wirkung natürlich vollkommener Verbindlichkeiten, werden sich unten finden.

159) L. 10. D. de O. et A.

160) L. 16. §. 4. D. *de fideiuss.* GOTHOFREDUS ingleichen HOTOMANNUS Lib. III. observat. cap. 2. sind der Meinung, daß in beiden angeführten Gesetzen zu lesen sei: actio *non competit.* Ein solcher Misbrauch der Kritik ist freilich der kürzeste Weg, aus aller Verlegenheit zu kommen. Wer denkt aber hiebei nicht an die Regel: Ad emendationem textus non confugiat criticus, nisi vel ex codicibus manuscriptis seu antiquis editionibus, vel ex lectionis, quam emendat, manifesta absurditate aut obscuritate adpareat, locum emendandum in mendo cubare. *Dan.* NETTELBLADT *System. elem. iurispr. gener.* §. 229.

161) L. 5. pr. D. *de auctoritate tutorum.* Demungeachtet schreibt POMERESCH Diss. de naturali obligat. thes. 22. Pupillus locupletior factus non tam naturaliter obligatur, quam civiliter. Anders urteilt NELLER in Diss. eiusd. argum. §. 10. verb. Quaedam obligationes naturales actionem producunt; verba enim L. 10. D. de O. et A. *naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit* — manifeste supponunt, ex aliquibus obligationibus naturalibus actionem competere. Sic v. g. contra pupillum actio locum habet, in quantum locupletior existit. So findet auch *Tim.* FABER Diss. VIII. ad Institut. §. 12. kein Bedenken, die angeführten LL. 10. D. de O. et A. und 16. §. 4. de fideiuss. mit der Verbindlichkeit des Pupillen, und der daher entspringenden Klage zu erläutern. Mihi, schreibt er, probabilius semper visum L. 10. de obl. et act. et L. 16. §. 4. de fideiussor. de huiusmodi genere obligationis naturalis accipiendas esse. Satis enim in §. 4. cit. L. 16. se explicat Iureconsultus,

atque indicat, non de aliis obligationibus se agere, quam ex quibus abusive debitores constitui dicantur, et debitum nisi improprie recipi; quod in obligationibus iuris gentium, quae iure civili probatae sunt, neutiquam locum habet.

162) L. 16. bis 24. incl. D. *de reiudicata. Ioh. Aug.* HELLFELD. Diss. de *beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure* in opusc. Num. 25.

163) L. 9. D. *de condict. indeb.*

§. 52.

VI.) Es ist nicht zu billigen, daß in verschiedenen Rechtsmaterien, welche unstreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit und deren Verhältnis in foro ciuili gar nicht untersucht, sondern gewöhnlich übergangen wird.

Eben daher, weil man sich nicht entschließen mögen, diese Materie weniger einseitig zu behandeln, ist es geschehen, daß in sehr vielen Fällen, wo natürliche Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung allerdings in Betrachtung zu ziehen ist, gewöhnlich gar nicht weiter daran gedacht, sondern dieser wichtige Gegenstand mit Stillschweigen übergangen wird, gerade als ob das mutuum filii familias, die fideiussio mulierum und das pactum nudum, die einzigen Geschäfte wären, bei denen davon die Rede sein könnte. Man versuche einmal, die Systeme und Handbücher des bürgerlichen Rechts um Rath zu fra-

 gen,

gen, was in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit Rechtens sei, wenn eine Schuld veriähret worden, — wenn eine Ceßion wider das Anastasianische Gesetz geschehen — wenn der Vormund, welcher Schuldner oder Gläubiger des Minderiährigen war, ohne solches anzuzeigen, die Tutel übernommen, und sich dadurch den Verlust seiner Zuständniße nach bürgerlichen Rechten zugezogen — wenn der Gläubiger wegen gemisbrauchter Selbsthülfe ex edicto Diui Marci sein Recht eingebüßet hat — wenn der Schuldner vermöge L. 2. C. ne liceat potent, von den bisherigen Ansprüchen befreiet worden — u. d. m. Bleibt in diesen Fällen die natürliche Verbindlichkeit an sich fortdaurend? Findet, wenn der Schuldner, welchen die bürgerlichen Rechte solchergestalt liberirt haben, dennoch aus Irrtum bezalet hätte, eine Zurückforderung statt? Hält man dies nicht dafür: So frägt sich ferner, was in Ansehung der übrigen Effekte zu behaupten sei, welche man da, wo condictio indebiti wegfällt, der natürlichen Verbindlichkeit beizulegen pflegt? — Findet man nun in allen diesen Fällen, der natürlichen Verbindlichkeit kaum mit einem Worte erwähnt; noch weniger das Verhältnis und die Wirkung derselben hinreichend aus einander gesetzt: So glaube ich nunmehro so viel dargelegt zu haben, daß der gewöhnliche Vortrag dieser Materie überall unvollständig, und zweckwidrig, folglich eine genauere Entwickelung der Sache nach allen dabei eintretenden Verhältnissen durchaus erforderlich sei.

Zweiter

Zweiter Abschnitt.

Vorbereitung zu einer vollständigen Theorie, durch genaue Bestimmung des Begrifs der natürlichen Verbindlichkeit nach allgemeinen und besondern Verhältnissen.

§. 53.

Natürliche Verbindlichkeit im weitesten Sinne.

Die natürliche Verbindlichkeit, wovon wir bereits in der vorläufigen Berichtigung (§. 3.) den allgemeinen Begrif angegeben haben; läßt sich vorzüglich in einer dreifachen Rücksicht betrachten. Erstlich überhaupt, in dem allerweitesten Sinne, wenn wir darunter eine iede Pflicht begreifen, welche der Mensch vermittelst der blossen Vernunft, ohne besondere Vorschrift eines Gesetzgebers erkennen kann; zweitens in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand, wenn wir nämlich untersuchen, welche Verbindlichkeiten den Gliedern eines Staats nach Vorschrift des Naturrechts wirklich obliegen. Drittens in Ansehung des gerichtlichen Effekts, wann die

Frage entstehet: in wie ferne eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit, in foro ciuili verfolgt werden könne? Natürliche Verbindlichkeiten in der erstern Bedeutung, welche sich auf keinen besondern Zustand des Menschen allein beschränket, aber auch keinen ausschliesset, sind es, welche a) dem Menschen im aussergesellschaftlichen Zustande obliegen, oder b) aus dem Wesen irgend eines Zustandes, worinn der Mensch sich nur immer befinden mag, herfliessen. Eine iede Handlung also, welche in irgend einem Verhältnisse des Menschen, nach Vorschrift des absoluten oder hypothetischen Naturrechts verbindlich ist, bringt in diesem Verstande eine natürliche Verbindlichkeit hervor; ob sie gleich unter andern Verhältnissen, und sobald wir einen besondern Zustand des Menschen zum alleinigen Gegenstand unserer Betrachtung nehmen, diese Wirkung ganz verlieren, nicht nur unverbindlich, sondern gar unerlaubt werden kann. Da z. B. nachdem Naturrechte an sich unverboten, folglich erlaubt und rechtsverbindlich sind a) die Heiraten unter den nächsten Anverwandten 164), b) die Polygamie 165), c) die sogenannten Glücks- oder Hazardspiele 166); ferner auch d) die Zinsen, welche das bürgerliche Verbot überschreiten, an und für sich betrachtet dem Naturrechte noch nicht zuwiderlaufen 167): So irret man keineswegs, wenn man in allen diesen Fällen eine natürliche Verbindlichkeit nach der allgemeinen Hinsicht,

woven

wovon iezt die Rede ist, behauptet. Dem Menschen als Menschen stehet unstreitig die Befugniß zu, erwähnte Verbindungen einzugehen; er wird also obligirt, dasienige zu erfüllen, was er zu versprechen berechtigt war. — Gleichwie man aber seinen Rechten und Zuständnissen sowol ausdrücklich, als auch stillschweigend entsagen kann: So folgt natürlich, wenn wir uns den Menschen in solchen Verhältnissen gedenken, welche iene ursprüngliche Freiheit aufhörend machen, daß sodann auch iede Handlung, und Verbindung, welche nunmehro seiner Willkühr und Disposition gänzlich entzogen ist, keinesweges die Wirkung mehr haben könne, welche sie ausser diesem Zustande hervorgebracht haben würde.

164) *Hugo* GROTIVS I. B. et P. Lib. 2. cap. 5. §. 12. sequ. *Phil.* RAM Diss. *de incestu.* Trai. ad Rhen. 1774. in OELRICHS *collect. Diss. iur. nat. et gent. in acad. belg. hab.* Bremae 1777. p. 73. seq.

165) AVGVSTINVS *de doctrina Christiana* Lib. 3. cap. 12. verb. *Erat uxorum plurium simul vni viro habendarum inculpabilis consuetudo.*

166) HELLFELD iurisprud. forens. §. 757.

167) *Gerard* NOODT *de foenore et vsuris* Lib. I. c. 4. in oper. omn. Colon. 1732. Tom. I. p. 158.

§. 54.

Natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande.

Unter allen hypothetischen Verhältnissen, worin wir uns den Menschen gedenken können, ist

unstreitig die bürgerliche Societät oder der Staat das merkwürdigste. Natur und Absicht desselben geben der Summe von Rechten und Verbindlichkeiten dererienigen, die sich als Mitglieder zu dieser Gesellschaft bekennen, eine ganz andere Richtung. Entstehen auf der einen Seite aus dem Wesen dieser Societät manche Befugnisse und Obliegenheiten, welche ausser derselben natürlich wegfallen: So erfordert auch auf der andern Seite der Zweck dieser Verbindung, das Wol, so des Ganzen, als der einzelnen Glieder sehr oft, daß Dinge, die dem Menschen als Menschen in statu naturali frei standen, folglich Rechte und Verbindlichkeiten veranlassen, und mit sich führen konnten, nunmehro gänzlich seiner Willkühr und Befugniß entnommen werden müssen, mithin auch keine Quelle derienigen Rechte und Verbindlichkeiten mehr sein können, welche dem Erdensohne ausser diesem Zustande daraus erwachsen würden. Sobald wir uns ferner einem Staat gedenken: So ist dem Wesen desselben, mithin der Natur, und gesunden Vernunft nichts angemessener, als daß den Vorschriften des bürgerlichen Gesezgebers von denen, quibus gloria obedientiae relicta est, vollkommen gehorchet werde 168). Sind wir also einenteils natürlich verbunden, den Gesezen des Staats, worin wir leben, gemäs zu handeln; so läßt sich auch andernteils ohne offenbaren Widerspruch keine natürliche Verbindlichkeit wider solche Geseze behaupten. Gesezt nun, diese oder iene, nach dem

abso-

absoluten Naturrechte erlaubte einseitige Handlung, die Schliessung eines an sich eben so erlaubten Vertrags, wird von dem bürgerlichen Gesetzgeber durchaus verboten, wer wollte es wagen, zu behaupten, daß aus solchen, nunmehro ganz unerlaubten Handlungen dennoch eine natürliche Befugniß und Verbindlichkeit des Untertanen fortdaure? die im vorigen §. angeführten Beispiele mögen auch hier zur Erläuterung dienen. Gerne will ich es zugeben, daß die Ehe unter nahen Blutsfreunden, die Polygamie, der bürgerlich verbotene Zinswucher, die Hazardspiele, u. m. d. den Gesetzen der Natur an sich nicht zuwider sind. Sobald aber der verbietende Wille des Regenten sich ihnen entgegen stellet; so läßt sich auch nicht weiter annehmen, daß dem Bürger und Untertanen eine natürliche Verbindlichkeit daraus obliege 169). Denn selbst das Naturrecht legt uns die Verbindlichkeit auf, den Vorschriften des Gesetzgebers, dem wir unterworfen sind, nachzuleben; selbst das Naturrecht versagt also offenbar den in statu naturali immerhin erlaubten, und verbindlichen, durch bürgerliche Gesetze aber schlechthin verbotenen Verträgen und einseitigen Handlungen alle verbindende Kraft 170). Ueber das Dasein oder Nichtdasein einer natürlichen Verbindlichkeit in concreto ist daher nicht füglich ein richtiges Urteil zu fällen, wenn man nicht zuförderst auf den Zustand und die besondere Kondition des Menschen zurück siehet, und vor allen Dingen die Frage ins Reine bringt, ob von dem

Men-

Menschen als Menschen, oder von dem Mitgliede einer gewissen Republik, dem Bürger und Untertanen die Rede sei? Freilich die allgemeinen Vorschriften des absoluten Naturrechts: Beleidige niemanden, halte deine Verträge, laß einem ieden das Seine ungestört, behaupten in einem ieden Verhältnisse, worinn wir uns den Menschen denken mögen, in einer ieden Societät, welche Menschen errichtet haben, oder errichten können, ihre ungezweifelte Gültigkeit; es giebt nur wenige Fälle, wo eintretende Kollision zum Teil davon Ausnahmen rechtfertigt. Allein, die Anwendung iener Grundsätze ist natürlich den Veränderungen unterworfen, welche der besondere Zustand des Menschen, und zwar vorzüglich der bürgerliche mit sich bringt. Nie wird das Resultat dieser Applikation treffend, und richtig sein, wenn nicht vorher ausser Streit gesetzt worden, ob dasienige, was im aussergesellschaftlichen Zustande Eigentum des Menschen war, ad το suum gehörte, wie die Schule sich ausdruckt, ob dieses auch noch ad το suum des Bürgers zu rechnen, von seiner Willkühr abhange, und ob die nämliche Handlung, welche dem Menschen, als Menschen, freistand, auch eben so dem Mitgliede der bürgerlichen Societät erlaubt, und endlich ein Unternehmen, welches im natürlichen Zustande durchaus Laesion des andern involviren würde, in geordneten Republiken von der nämlichen Beschaffenheit sei? 171) Aus allem bisher angeführten ergiebt sich nunmehro zweitens ein etwas engerer Umfang der natürlichen Verbindlich-

keit, wenn wir solche nur auf dieienigen Pflichten beschränken, welche dem Menschen in der bürgerlichen Societät wirklich obliegen. Nach der oben bereits angemerkten gedoppelten Hinsicht, gehören hieher 1) die durch den bürgerlichen Zustand an sich gewirkte, und aus dem Wesen desselben entstehende neue Verbindlichkeiten, welche ausser diesen Zustand gar nicht vorhanden sein würden. — 2) Alle übrige natürliche Verbindlichkeiten, deren Dasein selbst durch diesen Zustand zwar nicht gegründet worden, welche iedoch den Gliedern des Staats wirklich obliegen, kurz die Verbindlichkeiten nicht blos des **Bürgers**, sondern des **Menschen**, welche in statu ciuili gleichfalls fortdauren. Die Systeme und Lehrbücher pflegen unter dem Nahmen des hypothetischen Naturrechts sich blos mit dem ersten Gegenstande zu beschäftigen, den zweiten aber in dieser besondern Rücksicht fast gänzlich ausser Acht zu lassen. Wenn man sich inzwischen aus dem vorhergehenden erinnert, daß nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des aussergesellschaftlichen Zustandes, auch in der bürgerlichen Societät anwendlich sind; so wird man es sehr nötig finden, daß dieser leztere Gegenstand einer grössern Aufmerksamkeit gewürdigt werde. Die ganze Frage: Ob und in wieferne die Vorschriften des Naturrechts durch positive Geseze eine Abänderung und Modifikation erhalten können, — die wahre Bewandnis der ganzen Theorie von der sogenannten obligatione naturali plane destructa, siue reprobata, ist dann erst mit

Zuver-

Zuverlässigkeit zu bestimmen, wenn man, was diesen zweiten Gesichtspunkt anbetrift, die gehörigen Grundsäze ausgemittelt hat.

168) Quoniam eo ipso, quo subditi in imperium imperantis consensere, generaliter obedientiam in omnibus illis promisisse videntur, quae ad salutem publicam iubet ac constituit. *Just. Henning.* BOEHMER in iure publ vniuers. Lib 2. Cap. 3. §. 14. not. u. Aus diesem an sich wahren und richtigen Grundsatze, daß die Mitglieder eines Staats natürlich verbunden sind, den Vorschriften der civil Gesetze gemäs zu leben, haben einige Gelehrte, welche *Tim.* FABER Diss. XXII. ad Instit. §. 2. anführet, behaupten wollen: dari nonnisi unicam, scilicet naturalem obligationem, quasi ciuilis quae dicitur, nil nisi qualitas istius censeatur. Sie haben in einigem Betrachte nicht unrecht. Sollte indessen, wie **Faber** sie auslegt, in der That aber kaum glaublich ist, ihre Meinung dahin gehen, daß die Einteilung in natürliche und bürgerliche Verbindlichkeiten, darum ohne Nutzen sei, oder wol gar wegfalle: So wäre freilich der Irrtum sehr auffallend. Denn die natürliche Verbindlichkeit ist und bleibt von der bürgerlichen immer darin wesentlich verschieden, weil man iene vermittelst der blossen Vernunft gantz erkennen kann, die bürgerliche hingegen durch den Willen des Gesetzgebers allererst gewirket wird, und folglich nicht anders, als durch Promulgation desselben zu erkennen ist. Gehet also die erstere vielfältig weiter, als das bürgerliche Gesetz, so ist hingegen letztere lediglich auf den Inhalt der positiven Vorschrift beschränkt; und man kann, sobald von einem bürgerlichen Institute die Rede ist, die Verbindlichkeit

lichkeit an sich in keinem Betrachte weiter hinausdehnen, als der Inhalt des Gesetzes mit sich bringt. Dieser Satz, welcher so klar ist, daß es fast überflüßig scheint, ihn hier besonders anzuführen, leitet uns auf wichtige Folgen, welche die Gelehrten nicht immer beachtet haben; und wovon wir vorläufig nur einige bemerken wollen. Da 1) der Erbe nach bürgerlichen Rechten schuldig ist, die Vermächtnisse zu bezalen, iedoch nur in so weit, daß er wenigstens den vierten Theil der Erbschaft ungekürzt behalte: So ist es sonderbar, wenn aeltere und neuere Juristen behaupten, er sei natürlich verbunden, die Legata ohne allen Abzug ganz zu bezalen. SCHVLTING de obl. nat. cap. 13. WESTENBERG Diss. 1. de caus. oblig. cap. 4. §. 13. da doch das Testament, mit allen daraus enstehenden Rechten und Verbindlichkeiten, ein institutum civile ist, und folglich auch keinen natürlichen Effekt weiter haben kann, als das Civilrecht ihm beigelegt hat. 2) Alle Verbindlichkeiten, die nur allein aus der Vorschrift des positiven Rechts herrühren, gehen auch an sich nicht weiter, als der gerichtliche Effekt derselben statt findet; die natürliche Verbindlichkeit hingegen wird dadurch selbst nicht aufhörend, weil sie *in foro civili* nicht wirksam ist. Wann daher der Gesetzgeber ordnet, daß künftig wegen einer gewissen bürgerlichen Obligation nicht weiter geklaget werden solle: So ist dies eben so viel, als wenn er die Verbindlichkeit selbst aufhebt; ordnet er aber dieses von einer natürlichen Verbindlichkeit: So bleibt diese an sich fortdaurend. Diese wird auch 3) durch die Veriährung nicht aufgehoben, hingegen alle Verbindlichkeiten, welche allein in der bürgerlichen Legislation ihren Grund haben, werden durch den Ablauf der gesetzlichen Zeit gänzlich

lich getilgt, so, daß auch keine natürliche Obligation weiter nachbleibt. 4) Wenn die civil Gesetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewisse Feierlichkeiten vorschreiben, unter welchen sie rechtsbeständig einzugehen: So läßt sich in allen Fällen, wo diese Solemnitäten ausser Acht gelassen worden, noch nicht behaupten, daß keine natürliche Verbindlichkeit aus der Handlung weiter statt finde; wir werden vielmehr in der Folge oft das Gegenteil warnehmen. Ein bürgerliches Institut hingegen ist durchaus unverbindlich, sobald die vorgeschriebenen Feierlichkeiten nicht beobachtet worden; und es ist höchst irrig, wenn man in solchen Fällen wenigstens immer noch eine natürliche Verbindlichkeit behaupten will. Gesetzt also, ein Vermächtnis sei ungültig gemacht, oder ein Testamentserbe nichtig eingesetzet; So ist im ersten Fall kein Erbe, und im zweiten kein gesetzlicher Nachfolger natürlich verbunden, die ungültige Disposition des verstorbenen zu erfüllen. Heres enim non defuncto, sed legi hereditatem debet, quam adimendi quidem, aut per legata et fideicommissa delibandi facultatem cuilibet patri familias sanae mentis homini lex dedit; verum *non alia ratione, quam voluntate legibus conformi*, ita, ut si semel per testamentum aliquem successorem nominaverit, is ex lege talis maneat, etiamsi in posteriori testamento sed imperfecto, vel alia qualibet voluntate imperfecta, vt vt alias pro seria habeatur, declaraverit, se nolle eum heredem esse; vnde nulli dubitamus, quin si per errorem facti solverint, id repetere possint. argum. L. 53. D. de Reg. iur. FROMMANN de obligat. natur. §. 18. Eben so urteilt SCHVLTING c. l. Cap. 12. in den Worten; Vexatissima est quaestio, an heres in

foro

foro conſcientiae vltimam voluntatem minus ſo emnem implere teneatur; quod regulariter negandum puto. Nec enim defunctus aliter, ac leges, quas ſciuit, ſaltem ſcire debuit, permittunt, voluiſſe potuit — ingleichen *Vlr.* HVBER Digreſſ. Iuſtin. Lib. 3. cap. 34. 35. 36. 37. Mehrere Differenzen, welche man allenfals beim NETTELBLADT ſyſtem. elem. iurispr. germ. commun general. § 155. LYNCKER comment. in ius civile Lib. I. Tit. I. §. 49. 56. 57. *G. A.* STRUV. ſyntagm. iur. civ. exercit. I. §. 59. *Ioh.* VOET. comment. ad pand. Lib. XXII. Tit. VI. §. I. und HELLFELD iurispr. forenſ. §. 1188. nachleſen kann, übergehe ich hier mit Fleiß, weil ſie mich von meinem gegenwärtigen Zweck zu ſehr entfernen würden.

169) L. 35. §. 1. D. de V. O. L. 61. eod. L. 5. C. de pact. convent. FROMMANN *de obligat. naturali* §. 48. ſequ. in den Worten: Licentia imperantibus eſt, ſubditis facultatem faciendi, quod iuris naturalis permiſſivi eſt, adimere, ita vt hac facta ademtione eiusmodi perſonae a ſubiecto obligationis naturalis removendae veniant. Etenim ad omnem conſtituendam obligationem duo principia, *voluntas* ſcilicet, et *poteſtas* requiruntur, quorum vnum ſi defecerit, *nulla naſci obligatio poteſt.* Et ideo licet in perſonis huiusmodi voluntas ſeſe obligandi adſit, quum tamen facultatem hoc faciendi ius civile ipſis ademerit, obligatio illa nullius eſt effectus. Immo (§. 73.) ne quidem contra conſcientiam peccat debitor, qui tali obligationi, etiam quum poſſit, non ſatisfacit. *Anton* SCHVLTING Diſſ. *de naturali obligatione* Cap. 3. pag. 12. Quum ſaecularis legislator totum negotium

pro infecto habere queat, quumque illi, tamquam Dei ministro obedientes nos esse oporteat, etiam propter conscientiam, Rom. XIII modo fraus malitiaque, quas leges non praesumunt, exulet, nulla, nisi in statu naturali, quem non pauci, veteres etiam, cum iure naturali confundunt, hominisve religiosi animo obligatio reperitur, cuius nullum in iure civili extat uestigium, nulla ratio habetur. Sic transactio super alimentis propria auctoritate celebrata perinde habetur, ac si nil fuerit actum. *Ioh. Phil.* SLEVOGT Diss. *de obligatione naturali ex conuentione turpi* Ienae 1681.

170) Unter andern läßt sich auch hieraus abnehmen, in wieferne die Behauptung derjenigen gegründet sei, welche den Konkubinat, ob ihn gleich unsere Gesetze durchaus verbieten, dennoch für keine Sünde gehalten wissen wollen, indem weder das Naturrecht, noch die heilige Schrift dieser Verbindung entgegen sind. Ist es denn nicht etwa auch ein Naturgesetz, und befiehlt nicht selbst die Bibel, daß wir der Obrigkeit, die Gewalt über uns hat, gehorchen, und der bürgerlichen Ordnung uns konformiren sollen? Alles also, was wider diese Ordnung angehet, und Uebertretung der bürgerlichen Gesetze ausmacht, ist auch eben dadurch wahre Uebertretung des Naturrechts, und der heiligen Schrift.

171) So ist z. B. ausser dem Staat ein Jeder befugt, wider denienigen, der ihm das seine vorenthält, oder eine Zwangpflicht unerfüllt läßt, sich durch eigne Gewalt so gut zu helfen, als er kann, hingegen zur eigentlichen Bestrafung seines Nebenmenschen, wegen verübter Unthaten, darf sich in solchem Zustande, vermöge der

Gleich-

Gleichheit der Menschen niemand ein Recht anmaßen. Das Gegenteil behauptet zwar *Ioach. Georg* DARIES Diss *de causis belli pro aliis suscipiendi Francof.* 1769. Man sehe iedoch Aug. Frid. Schott unpartheiische Critik der neuesten iuristischen Schriften n. 9. p. 822. wie auch A. F. Reinhard vom Strafkriege oder bello punitivo; in der Samml. iurist. rc. Aufsätze Th. 1. p. 281. In der bürgerlichen Societät hingegen steht die privat Gewalt in der Regel niemanden frei; wenn aber dem Urheber unerlaubter Handlungen neben der Vergütung des angerichteten Schadens noch eine angemessene Strafe auferlegt wird, So ist dies für ihn weiter keine Laesion.

§. 55.

Natürliche Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts.

Vorausgesetzt nun auch, daß das wirkliche Dasein einer solchen Verbindlichkeit nicht weiter zu bezweifeln sei: So entsteht doch wiederum eine andere Frage, deren Auflösung uns zu der dritten Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts, vorzüglich des römischen, führen wird. Hat die vorhandene natürliche Zwangpflicht in foro ciuili völligen Effekt? Daß diese Frage in der Regel beiahet werden müsse, haben wir bereits oben § 44. sequ. gezeigt. Inzwischen giebt es verschiedene Fälle, wo der bürgerliche Gesetzgeber es ratsam gefunden, die Erfüllung der natürlichen Verbindlich-

keit in gewisser Hinsicht mehr dem innern Gefühle des Rechten und Anständigen zu überlassen, als einen äussern Zwang deshalb zu gestatten. Mehrere Ursachen können hiezu Anlas geben 172). Ist auf der einen Seite dem gemeinen Wesen daran gelegen, daß ein ieder zur Erlangung seines Rechts mit Nachdruck geholfen werde, so erfordert es auch auf der andern Seite der Endzweck des Staats, daß ein ieder gegen ungerechte Anmassungen seines Mitbürgers möglichst in Sicherheit gesezt werde. Hiemit aber würde es nicht bestehen, wenn die Zulässigkeit gerichtlicher Klagen ins unendliche fortginge, und dem vermeintlichen Gläubiger frei stünde, solche nach Gutbefinden zu verschieben, und zu einer ieden ihm beliebigen Zeit damit hervorzugehen. Daher zuförderst die nüzliche Anordnung des bürgerlichen Rechts, welche allen Klagen eine gewisse Zeit bestimmet, nach deren Abfluß sie nicht weiter statt finden 173). Giebt es Fälle, wo zwischen dem Gläubiger, und dem Schuldner ein solches bürgerliches Verhältniß obwaltet, vermöge dessen die Civilgerichte den Erstern nicht füglich im Wege Rechtens unterstüzen können; so finden wir darinn den **zweiten** Grund der gerichtlichen Unwirksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten 174). **Drittens**, ein iedes Versprechen, welches mit Ernst und Ueberlegung geschehen, und von der andern Seite acceptirt ist, wirkt freilich vollkommene Schuldigkeit, solches zu erfüllen; um aber Unvorsichtigkeit, Uebereilung, und Leichtsinn so viel als möglich

sich von rechtlichen Handlungen zu entfernen; so haben die Civilgesetze in verschiedenen Fällen die Bündigkeit eines Vertrags oder sonstigen Handlung von einer gewissen Form abhängig gemacht; und wann solche nicht bobachtet worden, die Rechtshülfe versaget 175). **Viertens**, gewisse Personen stehen in der bürgerlichen Gesellschaft in solchem Verhältnisse, daß sie der Versuchung Schulden zu kontrahiren vorzüglich ausgesetzet sind, iedoch dadurch leicht sich selbst und andern nachteilig werden können; um daher nicht allein dieses zu verhüten, sondern auch der Arglist solcher Leute, welche unter ienen Umständen auf einen ungebührlichen Gewinn bedacht sind, Einhalt zu thun, haben die Gesetze es dienlich gefunden, dem Gläubiger, welcher solchen Personen creditiret, wenigstens das ius agendi ganz oder zum Teil zu entziehen 176). **Fünftens**; von der sonstigen Folge des Zwangrechts, daß nämlich der Schuldner seinen Gläubiger völlig bezalen müsse, wenn er auch selbst für sich nicht das mindeste übrig behalten sollte, ist bisweilen nach den Regeln der Billigkeit, und andern Gründen eine Ausname nötig; derentwegen die bürgerlichen Rechte nicht erlauben, daß der Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners zum Gegenstand seiner Befriedigung machen dürfe 177). In allen diesen Fällen ist das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich nicht zu bezweifeln, nur aber, und hierinn besteht der unterscheidende Charakter, in bürgerlichen Gerichten ist solche nicht völlig wirksam. Gleichwie nun überhaupt

in unsern Rechtsbüchern dasienige, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, iedoch die bürgerliche Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, im eigentlichen Verstande mit dem Nahmen des natürlichen bezeichnet zu werden pflegt 178): So verstehen auch zumal die römischen Gesetze unter der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Sinne eine solche Obligation, welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, iedoch den völligen gerichtlichen Effekt, welcher in der Regel mit einer Zwangpflicht verbunden ist, nicht hervorbringt 179).

172) *Hugo* DONELLVS *Comment. iur. ciuil.* XII. 2. FROMMANN *de obl. nat.* § 35.

173) LEYSER. spec. 454. med. I. bestärket dieses mit folgenden Worten des berühmten Leibniz: Potest in ea dilatione esse non tantum culpa, sed et *dolus*, dum unus praesidia actionis suae diligenter servat, ea spe, se, suosque aliquando posse in adversarium aut eius heredes vel successores vtilius agere, cum post multas mortes, rerumque conversiones sive neglectu eius, cuius usus non satis intelligebatur, sive ipsa rerum humanarum labilitate, perierint ipsis praesidia exceptionum. Mehr inzwischen, als daß es nützlich, ia gewissermassen notwendig sei, daß die Veriährung durch bürgerliche Gesetze angeordnet werde, möchte ich hieraus nicht folgern. Daß sie aber schon selbst nach dem Naturrechte statt

stattfinden sollte, ist und bleibt in alle Wege unerweislich. **Hoepfner** Naturr. §. 110.

174) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Herrn und dem Knechte, zwischen dem Vater und den Kindern die der väterlichen Gewalt unterworfen sind.

175) Daher z. B. die obligatio naturalis ex pacto nudo u. a. m.

176) Z. B. die natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, aus einer Geldanleihe; ingleichen nach verschiedenen provinzial Gesetzen die Verbindlichkeit der Studirenden und Soldaten, denen über die Summe des sogenannten Kredit-Edikts geborget worden.

177) Hieher gehören alle dieienigen, denen die Gesetze das sogenannte beneficium competentiae erteilt haben.

178) Die Worte naturalis, naturaliter, haben auch sonst noch in der Sprache des römischen Gesetzbuchs verschiedene Bedeutungen. Natürlich wird 1) alles dasienige genannt, was wirklich geschiehet, in der That vorhanden ist; und in soferne dem entgegen gesetzt, was die Gesetze als geschehen **annehmen**, ob es gleich wirklich nicht geschehen ist. L. 49. D. *de solution.* Solutam pecuniam *naturaliter* intelligimus, *si numerata est creditori.* L. 4. D. *de religios. et sumt. fun.* Naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus in quo infertur. — Id est, wie STRAUCH in Lexico particul. iur. Ienae 1719. p. 129. hinzufügt: seclusa fictione, qua vel hereditas iacens defunctum repraesentat, vel successor defunctum. 2) wird das natürliche dem entgegen gesetzt, was durch Kunst,

oder sonst facto hominis hervorgebracht worden. L. 20. § 1. D. de servit. praedior rusticor. servitus naturaliter, non manufacto laedere potest fundum etc. L. 1. §. 1. et 10 D. de aqua et aquae pluv. Haec actio totiens locum habet, quotiens manufacto opere aqua nocitura est; quod si natura aqua noceret, ea actione non continetur. Inde si aqua naturaliter decurrat, aquae pluviae actionem cessare aiunt. 3) wird unter dem Natürlichen dasjenige verstanden, was die Beschaffenheit einer Sache oder Handlung an sich schon mit sich bringet, und sich daher gleichsam von selbst verstehet, ohne daß es durch Gesetze besonders verfüget, oder durch Verträge ausgemacht werden darf; wiewol in verschiedenen Fällen ein anderes per pacta festgesetzt werden kann. L. 22. §. 3. D. Locati. Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter* concessum est, quod pluris sit, minoris emere, et quod minoris sit, pluris vendere; et ita inuicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. Es giebt zwar über den Sinn der Worte: naturaliter licet etc. in diesem Gesetze, und der fast gleichlautenden L. 16. §. 4. D. de minoribus, eine beträchtliche Anzal ganz verschiedener Erklärungen, welche STRAUCH de particul. pag. 129. n. 6. sequ. mühsam colligirt hat; er selbst aber tritt am Ende denen bei, qui verbum *naturaliter* in dictis LL. idem indicare defenduut, ac: *secundum naturam contractus emtionis.* Quoniam emtio et venditio lucri causa initur, hinc emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedunt. Uebrigens hat die Frage: ob und in wieferne dasjenige, was ad naturam negotii gehört, durch Nebenverträge abgeändert werden

werden könne? vortreflich erläutert *Francisc.* HOTOMANNVS Lib. sing. *Quaestionum illustr.* Cap. 37. p. m. 263. sequ. Natürlich wird 4) dem bürgerlichen entgegen gesetzt, wenn ienes dasienige bezeichnet, was nach dem allgemeinen Natur- und Völkerrechte unter allen gesitteten Nationen statt findet, dieses aber, was blos dem römischen Staat eigentümlich ist. §. 11. I. *de Rerum diuis.* Quarumdam rerum dominium nanciscimur iure *naturali*, quarumdam iure *ciuili*. §. 40. eod. Per traditionem iure *naturali* res nobis adquiritur, nihil enim tam conveniens est *naturali* aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. pr. I. *de vsucapion.* Iure *ciuili* constitutum fuerat, vt res mobilis anno vno, immobilis biennio usucaperetur. §. 4. I. *de donat.* Erat olim et alius modus *ciuilis* adquisitionis, per ius adcrescendi etc. Dieser Unterschied kann bei einer und eben derselben Sache eintreten, wenn sie an sich zwar dem Natur- und Völkerrechte angehört, allein durch die civil Gesetze eine ganz besondere Einrichtung und Form erhalten hat; z. B. die väterliche Gewalt, die Ehe, u. d. m. Vorzüglich aber wird 5) wie oben bereits angemerkt worden, das natürliche dem bürgerlichen in der Hinsicht entgegen gesetzet, daß unter ienem alles verstanden wird, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, iedoch vermöge der bürgerlichen Gesetze dieienige Gültigkeit, und Wirkung nicht hat, welche nach Vorschrift des bloßen Naturrechts statt finden würde. Das dominium *naturale*, welches der Frau an dem Brautschatz zustehet, die natürliche Verwandschaft, deren **Modestin** in L. 4. §. 2. D. de grad. et affin. gedenket, cognatio naturalis per femi-

feminam quae vulgo liberos peperit. Der natürliche Vater beim Paullus L. 14. §. 2. D. *de ritu nuptiar.* Pater *naturalis* filiae vulgo quaesitae, und besonders die sogenannten natürlichen Kinder, welche den legitimis entgegen gesetzet werden, bestätigen solches hinlänglich. Diese Terminologie ward auf die Verbindlichkeiten übergetragen, und durch den Ausdruck: obligatio *naturalis* eine an sich zwar vorhandene, aber im Gericht nicht völlig wirksame Verbindlichkeit bezeichnet. Die bereits oben pag. 119. angeführten Gesetze geben davon erläuternde Beispiele; und man wird nunmehro von der Richtigkeit der dort gemachten Erklärung derselben, sich desto leichter überzeugen können.

179) Die natürliche Verbindlichkeit kommt auch unter mehrern Benennungen im römischen Rechte vor; dahin gehört 1) vinculum naturale L. 59. D. de condict. indeb. 2) vinculum aequitatis, L. 95. §. 4. D. de solut. 3) ratio naturalis L. 5. §. 16. D. de agnosc. liber. 4) officium pietatis §. 17. ibid. 5) aequitas naturalis L. 1. D. de minor. 6) Pudor. §. 1. I. de fideicomm. hered. deren eigentliche Bedeutung aus dem Zusammenhange leicht zu erklären ist.

§. 56.

Fortsetzung des vorigen.

Ob nun gleich alle diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten hieher gehören, denen das Civil-Gesetz die äussere Rechtshülfe versagt: So wird doch, um ein debitum dieser Art zu behaupten, allemal

mal vorausgesetzt, daß an sich eine natürliche Verbindlichkeit wirklich, und in der That vorhanden sei, mithin derienige, welcher sie nicht erfüllet, schlechterdings unrecht handle, ob er gleich durch den ordentlichen Weg Rechtens zur Leistung des Schuldigen nicht gezwungen werden kann. Man siehet also sehr leicht, daß dieienigen Geschäfte gar nicht hieher gerechnet werden können, welche den Menschen, als Menschen zwar verbinden würden, allein im bürgerlichen Zustande durchaus unverbindlich sind, weil sie verbietenden Gesetzen grade entgegen gehen. Denn in solchem Falle ist nicht sowol einer an sich subsistirenden natürlichen Verbindlichkeit nur die **gerichtliche Kraft und Wirkung** entzogen, als vielmehr eine gänzliche **Abwesenheit der natürlichen Verbindlichkeit** selbst vorhanden. Man vergleiche die Schuld eines *filii familias* aus der Geldanleihe, mit einer verbotenen Spielschuld. Der Unterschied ist evident. Bei ienem ist und bleibt die natürliche Verbindlichkeit an sich wirklich fortdaurend 180), er handelt unrecht und gewissenlos, wann er nicht bezalet, obgleich dem Gläubiger keine Klage gestattet ist. Der Spieler hingegen hat eine schlechterdings verbotene Handlung unternommen, einen Vertrag geschlossen, welchen einzugehen, ihm alle Befugniß fehlte; er kann also nicht natürlich gehalten sein, ein Versprechen zu erfüllen, welches wider die Gesetze angehet.

180) MOLINA *de iust. et iure disp.* 301. n. 2 und andere behaupten, daß der filius familias weder

weder natürlich noch bürgerlich gehalten sei, das geborgte Geld zu bezalen. HAHN ad WESENBEC. Lib. XIV. Tit. VI. N. 2. widerlegt diese Meinung; nachdem er aber gezeigt, daß die natürliche Verbindlichkeit an sich in diesem Falle gar nicht zu bezweifeln sey; so gerät er doch am Ende auf die Behauptung, daß der filius familias salua conscientia dem klagenden Gläubiger das S. C. Maced. entgegensetzen könne. Eben so lehren auch ZOESIUS *Comment. ad Pand. Tit. de Senat. consʃ. Mac.* LAUTERBACH in tract. Synopt. ad dict. titul. §. fin. th. 10. und FROMMANN de obligat. natur. §. 73. Es ist meine Sache nicht, mich über blosse Gewissensfälle in eine Untersuchung einzulassen. Lubrica haec quaestio est, nam magna ex parte ad theologiam pertinet; schreibt *Francisc.* HOTOMANNUS *Lib. singul. Quaestion. illustr.* Cap. XXV. pag. 160. Wenn man aber das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich zugestehet, und gleichwol behauptet, daß der Schuldner solche mit gutem Gewissen unerfüllet lassen könne, so ist der Widerspruch zu auffallend, als daß er nicht einem Jeden fühlbar sein sollte.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Regeln vom Verhältniß der natürlichen Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande, dem gerichtlichen Effekte derselben, und mancherlei Einschränkungen des letztern.

§. 57.

Ob und in wie ferne das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze eine Abänderung leiden könne?

Ehe wir weiter gehen, müssen wir vor allen Dingen eine Frage, welche von ieher unter Philosophen und Juristen sehr streitig gewesen: ob und in wieferne nämlich der bürgerliche Gesetzgeber das Naturrecht in seinem Staate abändern könne 181)? kürzlich erörtern. Bekanntlich wird diese Frage mittelst einer Distinktion dahin beantwortet, daß der Regent die Vorschriften des absoluten Naturrechts in keinem Betrachte, wol aber das hypothethische Naturrecht, abändern könne. Hätte man aber zuförderst den Begrif, welcher mit einer solchen Mutation natürlich zu ver-

verbinden ist, festgesetzet, und beständig vor Augen behalten: So würde man die Sache überhaupt weniger disputabel gefunden, oder sich doch wenigstens bestimmter und richtiger erklärt haben. Aenderung des Naturrechts ist und bleibt, an sich und im eigentlichen Verstande ein Unding, weil ich dann nur sagen kann, daß ein Recht oder Gesetz geändert werde, wenn künftig unter den nämlichen Umständen das nicht mehr rechtens sein soll, was vorher darin rechtens gewesen. Fällt also die Anwendung eines Gesetzes darum nur weg, weil der Gegenstand der Applikation, die Umstände des Faktums eine Veränderung erfahren haben: So läßt sich wol nicht behaupten, daß das Gesetz selbst geändert sei. Dies nun auf die vermeinte Aenderung des Naturrechts angewendet: So siehet man sogleich das Widersprechende und die Unmöglichkeit derselben ein. Denn, um solche behaupten zu können, müste man beweisen, daß es in der Gewalt des Landesherrn stünde, zu befehlen, daß unter den nämlichen Umständen, in welchen das Naturrecht etwas gebietet, oder verbietet, künftig das Gegenteil der natürlichen Vorschrift eintreten sollte. Es würde Beleidigung für die gesunde Vernunft sein, wenn man sich hierauf nur irgend einlassen wollte. Ist doch dasjenige natürlichen Rechtens, was der Mensch mit seinem Verstande als Recht begreift, und weiß es doch schon ieder Anfänger, daß res intellectus keinen Gegenstand der bürgerlichen Legislation abgeben, daß folglich die Verordnung eines Regenten,

wonach

wonach dieser oder iener Saz des natürlichen Rechts, künftig nicht mehr iuris naturalis sein solle, eben so, wo nicht noch mehr wunderlich sein würde, als der Befehl eines gewissen Regenten, daß seine Untertanen künftig auch an den heiligen Geist, als die dritte Person der Gottheit glauben sollten. Kurz die Frage, was in diesem oder ienem Falle natürlichen Rechtens sei? kann nur allein aus Vernunftgründen durch unsern Verstand ihre Bestimmung erhalten; kein Regent, auch der allerunumschränkteste nicht, kann sich darüber eine Entscheidung anmassen 182). Eben so wenig kann man in irgend einem Betrachte dem bürgerlichen Gesezgeber die Befugniß beilegen, durch positive Vorschriften das Gegenteil des Naturrechts anzuordnen. Denn, wir mögen den Grund aller natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten blos auf das Wesen des Menschen zurückführen, oder mit andern richtiger den aus der blossen Vernunft erkannten Willen des Schöpfers, als das wahre, und einzige Fundament betrachten: So ist doch unser Saz in beiden Fällen über allen Einwurf hinweg. Ist diese oder iene Befugnis, diese oder iene Verbindlichkeit des Menschen von seinem Wesen unzertrennlich: So muß die bürgerliche Legislation entweder die Essenz des Menschen ändern können, oder auch die Vorschriften des Naturrechts ungeändert lassen. — Beruhet das Naturrecht auf den Willen des Schöpfers, wie ist es möglich, iemanden durch bürgerliche Geseze zu verbinden, daß er dem erkann-

ten göttlichen Willen entgegen handeln solle? So verhält sich die Sache, wenn man die Natur derselben nur nicht aus den Augen verlieret. Alle Schuldistinktionen unter den Vorschriften des absoluten und hypothetischen Naturrechts, imgleichen unter der Veränderung des Rechts in thesi und in hypothesi, sind, was nur zu oft ihr Anteil ist, auch hier höchst überflüßig, und hindern die Erkenntniß der Wahrheit mehr, als daß sie soche erleichtern und befördern sollten. Wie aber, bringt es nicht gleichwol die tägliche Erfarung mit sich, daß verschiedene nach dem Naturrecht erlaubte Handlungen im Staate nicht erlaubt, verschiedene nach dem Naturrecht verbindliche Verträge, im Staate ganz unverbindlich sind; verschiedene nach dem Naturrecht unerlaubte Handlungen, im Staate öffentlich als erlaubt geduldet werden 183)? Wird also nicht solchergestalt das Naturrecht offenbar durch positive Gesetze abgeändert? Nein, keinesweges. Man hüte sich nur zuförderst, den sogenannten natürlichen oder aussergesellschaftlichen **Zustand** nicht mit dem natürlichen **Rechte** selbst zu vermischen, ein Fehler, welchen viele begehen, und wovon auch die römischen Juristen hin und wieder nicht frei waren 184): So wird man auf der einen Seite sehr leicht erkennen, daß unmöglich alles dasienige, was in ienem Zustande natürlichen Rechtens ist, es auch in der bürgerlichen Societät sein müsse; auf der andern Seite aber wird sich die Folge von selbst ergeben, daß man unmöglich da eine Aenderung des Rechts

behau-

behaupten könne, wo wegen veränderter Umstände die Anwendung desselben wegfällt. Da nun die Mitglieder des gemeinen Wesens die Direktion ihrer Befugnisse, worüber sie selbst disponiren können, dem Landesherrn unterworfen haben; und folglich selbst nach dem Naturrechte schuldig sind, seinen Befehlen zu gehorchen; so siehet ein Jeder, daß wenn der Regent vermöge dieser ihm übertragenen Direktion 1) gewisse an sich betrachtet nicht unerlaubte oder ungültige Handlungen und Verträge verbietet, hieraus so wenig eine Aenderung des Naturrechts herzunehmen sei, daß vielmehr offenbar ein anderes Naturgesetz zur Anwendung komme, dasienige nämlich, wonach iede an sich erlaubte und rechtsverbindliche Handlung aufhört, erlaubt und rechtsverbindlich zu sein, wenn derienige, dessen Willen wir gehorchen müssen, sie unserer Willkühr entziehet. Dies ist ius naturae in hypothesi, und ich denke, es bleibt immutabel; wenn der Landesherr 2) gewisse natürliche Verbindlichkeiten durch angedrohete Strafen, oder versicherte Belohnungen mehr einschärft: So bleibt ia das Gesetz der Vernunft gleichfalls ungeändert; Wenn 3) Handlungen, die an sich unerlaubt sind, im Staate geduldet werden, so ist es weder die Absicht, noch in dem Vermögen der Civil-Gesetze, solche Laster dadurch selbst erlaubt zu machen, sondern es wird nur, um aus mehrern Uebeln das kleinste zu wählen, keine bürgerliche Strafe damit verbunden 185). Die letztere liegt ausser den Gränzen des Naturrechts,

welches daher auch in diesem Falle eben so, wie in den folgenden ungeändert bleibt, wenn nämlich ein Regent 4) dasienige, was an sich nur Liebespflicht ist, durch seine Vorschrift zur vollkommenen Schuldigkeit macht, oder 5) einigen natürlichen Zwangpflichten die gerichtliche Wirkung ganz, oder zum Teil versagt; denn selbst das Naturrecht giebt ihm die Befugniß, den freien Handlungen der Untertanen, mithin auch der Ausübung ihrer Rechte und Zuständnisse dieienige Richtung zu geben, welche der Endzweck des gemeinen Wesens erfordert.

181) *Ioh.* CRAMER *de immutabilitate, et mutabilitate iuris naturae, gentium et ciuilis.* Frf. 1669. *Ioh. Casp.* BRENDEL *de immobilitate iuris naturae* Lipſ. 1689. *Henrici* COCCEII Diſſ. *de immutabilitate iuris naturae* Vltrai 1690. in deßen Exercitat. T. I. n. 72. *Ioh. Ioch.* SCHOEPFER *de iure ciuili ius naturae determinante circa perſonas* Rostochii 1709. *Car. Gothofred.* WINCKLER *de poteſtate legum ciuilium in ius naturae.* Lipſ. 1713. *Caſp.* ARHEDEN Diſſ. *de immutabilitate iuris naturae.* Brem. 1717. Joh. Lor. Holderrieder von der Gewalt der Maieſtät über das Recht der Natur; in deßen historischen Nachrichten von der Weißenfelsischen Aletophilischen Gesellschaft. Leipzig 1750.

182) Daher schreibt DVARENVS ad L. 127. D. de verb. oblig. Quum ſpecies aliqua proponitur, in qua quaeritur: an quis naturaliter obligatus ſit, nec ne? conſiderandum eſt, quid veriſimiliter reſponſurus ſit Ariſtoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, et in philoſophia

phia eruditus, magis, quam quid legibus et iure ciuili constitutum sit. Eben so, wo nicht gewißermaßen noch richtiger, SCHVLTING *de oblig. natur.* Cap. 2. p. 9. Lex uinculum hoc introducens, quum non aliunde, quam ex nobismet ipsis hauriatur, sequitur, nec alio modo, quam mentem nostram recte consulendo, an talis existat obligatio, sciri posse. Das Ansehen der Gelehrten, wie der Gesetze, relevirt da, wo es auf Vernunftwahrheiten ankommt wenig, oder gar nichts. „Wer seinen „Nebenmenschen davon unterrichten will, muß „sie nicht seinem **Glauben** empfehlen, sondern „seiner Vernunft gleichsam aufdringen, nicht „Autoritäten anführen, und sich auf Glaub„würdigkeit der Männer berufen, die eben das„selbe behauptet haben, sondern die Begriffe „selbst in ihre Merkmale zerlegen, und seinem „Lehrling stückweise solange vorhalten, bis sein „innerer Sinn ihre Fuge und Verbindung wahr„nimmt. Der Unterricht, den wir hierinn an„dern geben können, besteht, wie Sokrates gar „wol gesagt, blos in einer Art von Geburts„hülfe. Wir können nichts in ihren Geist hin„ein legen, das er nicht schon wirklich hat; aber „wir können ihm die Anstrengung erleichtern, „die es kostet, das Verborgene ans Licht zu „zu bringen, das heist, das Unbemerkte, be„merkbar, und anschaulich zu machen." **Moses Mendelssohn Ueber religiose Macht und Judentum** p. 35. Um wenigstens durch Ein Beispiel zu zeigen, wie unbedeutend in dergleichen Fällen die gesetzliche Bestimmung sei: So ist es bekannt, daß fast alle Weltweisen des heidnischen Altertums den Selbstmord als eine ganz erlaubte Sache betrachteten, und wir finden auch im römischen Recht mehrere Stellen, die

gleichfalls dafür erklären. Mihi quidem, schreibt CICERO Tuscul. Disp. V. 41. in vita seruanda videtur illa lex, quae in Graecorum conuiuiis obtinet: aut bibat, aut abeat; Sic iniurias fortunae, quas ferre nequeas, defugiendo relinquas. Die Schriften des **Seneka**, **Diogenes Laertius**, und vorzüglich des **Epiktets** sind von solchen Ermahnungen voll. „Sei „nicht furchtsamer, sagt der letztere, als die Knaben, „sondern wie sie, wenn ihnen das Spiel nicht län„ger gefällt, sprich: ich will nicht mehr spielen, „und gehe davon. Bleibst du aber: so klage „nicht. Thue nichts mit Verdruß, mit Leid, „oder in der Meinung, daß du unglücklich bist, „denn niemand zwingt dich ia dazu. Raucht es „im Zimmer: Wol, ist der Rauch mäßig: So „bleibe ich darin, ist er aber sehr stark: So gehe „ich heraus. Gefällt es dir nicht zu leiden: So „hat Jupiter dir die Thüre geöfnet; Mensch gehe „hinaus, und klage nicht den Jupiter an." EPICTETI Dissert. et Enchiridion ab ARRIANO collect.; Londini 1741. 4. Lib. I Diss. Cap. 24. 25. III. 8. Das ist die stoische Philosophie, deren Abgang der vortrefliche **Montesquieu** einen Verlust für das menschliche Geschlecht zu nennen versucht ward. Si je pouvois un moment cesser, de penser que je suis chretien je ne pourrois m'empecher, de mettre la destruction de la secte de Zenon au nombre des malheurs du genre humain. *Esprit des loix* XXIV. 10. Die ältern römischen Rechtsgelehrten pflichteten iener Lehre gleichfalls bei, und es sind sogar solche Fragmente, worin der Selbstmord, als natürlich erlaubt, vertheidigt wird, in die Pandekten eingeflossen; z. B. L. 9. §. 7. D. de peculio L. 3. §. 3. et 6. D. de bonis cor. L. 6 §. 7. D. de iniust. rupt. L. 45. §. 2. D. de iure fisci. L. 38. §. 12. D. de poen.

L. 6.

L. 6. §. 7. D. de re mil. worüber BYNKERSHOECK Lib. IV. Obseruat. Cap. 4. BOEHMER ad Art. 135. CCC. und ECKHARD *Hermeneut. iur.* nach der neuesten Ausgabe mit den vortreflichen Anmerkungen des Herrn geheimen Justitz-Raths **Walch** pag. 235. imgleichen Herr Prof. I. L. E. PUTTMANN elem. iur. criminal. Lips. 1779. §. 381. nachzulesen sind. Es giebt Gelehrte, welche behaupten, daß die blosse Vernunft ienen Irrtum nicht gründlich widerlegen könne; sondern daß dieses nur den Lehren unserer allerheiligsten Religion vorbehalten sei. **Leß über die Religion, ihre Geschichte, Wal, und Bestätigung.** Gött. 1784. 1 Th. p. 200. und 238. Man sehe iedoch FEDERI Exercitat. de morte voluntaria beim TYDEMANN in Syntagm. Dissertation. ad philosoph. moral. pert. Vltraiect. 1777. imgleichen Schlettweins Rechte der Menschheit; Giessen 1784. §. 71. Merkwürdig ist es, was Cicero selbst bei einer andern Gelegenheit vorträgt: Piis omnibus retinendus est animus in custodia corporis, nec iniussu eius, a quo ille nobis est datus, ex hominum vita migrandum est, ne munus humanum adsignatum a Deo de fugisse videamur. Somn. Scip. Cap. 3.

183) Z. B. die öffentlichen Huren-Häuser. Auffallend ist es, wenn die Geschichte uns lehrt, daß einst der erste Bischof des teutschen Reichs in den hitzigsten Streit mit einer von seinen Städten verfiel, weil sie ihm, wie er sagte, sein Recht an der Buhlerei schmälerte. Andere Bischöfe scheueten sich nicht, weltliche Fürsten mit dem Frauenhaus, und Scholderplatz zu belehnen. BUDER amoenitat. iur. feud. n. 13. p. 91. **Ueber die Strafe des Ebebruchs nach Begriffen und Gesetzen der alten und neuen Deutschen.** Ulm 1773. Seite 33. folg.

185) Joh. Luc. Stein Betrachtung einzelner Rechtsmaterien, Th. 1. §. 78.

§. 58.

Fortsetzung des vorigen.

Will man demnach, um die Gränzen der bürgerlichen Legislation in dieser Hinsicht richtig zu bestimmen, ein zutreffendes Principium festsetzen: So ist es der Grundsatz, welcher einem ieden von selbst einleuchten muß: daß die Mitglieder eines Staats die Direktion ihrer freien Handlungen, ihrer Rechte und deren Ausübung, dem Regenten nur in so ferne übertragen haben, und übertragen können, als sie selbst darüber zu disponiren, die Befugniß gehabt. Hieraus folgt 1.) daß kein Regent den Untertanen solche Rechte entziehen könne, deren sie sich selbst nicht entäussern durften; daß er ihnen nichts gebieten könne, wodurch sie solchen Verbindlichkeiten entgegen handeln würden, welche die gesunde Vernunft so wesentlich erkennet, daß keine Verbindung der Menschen unter sich, keine willkührliche Entsagung davon dispensiren kan 186). Insoferne aber 2) die Ausübung solcher Rechte, ingleichen die Art und Weise der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr des Menschen ausschliesset; in so ferne ist auch der Gesetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung in seinem Staate aufrecht zu erhalten, den modum durch seine Vorschrift

zu bestimmen, auch in dieser Hinsicht manche Einschränkungen zu machen 187). 3) Alle Rechte hingegen, welche dem Menschen, als Menschen zwar zustehen, deren er sich aber willkührlich begeben kann, sind auch der Disposition des bürgerlichen Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie gänzlich aufheben, und die Untertanen davon ausschliessen darf 188). Eben so verhält sich die Sache 4) in Ansehung der Verbindlichkeiten, welche willkührliche, an sich erlaubte Handlungen zum voraussetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt ist, solche Handlungen durchaus zu verbieten, oder wenigstens die gerichtliche Wirkung derselben einzuschränken. Ulpian hat daher nicht unrecht, wenn er sagt: quum aliquid *addimus* vel *detrahimus* iuri communi i. e. naturali vel gentium, ius proprium i. e. ciuile efficimus 189). Das erstere, quum aliquid additur, läßt sich auf verschiedene Weise gedenken, ie nachdem nämlich 5 durch versicherte Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden, oder 6) den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhangen soll; oder 7) Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Gesetze eingeführet werden, welche das Naturrecht ignoriret 190). Es gehöret auch dahin, wenn 8) den sogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten, durch bürgerliche Gesetze eine vollkommene verbindliche Kraft beigelegt wird.

 Das

Das leztere aber, quum aliquid detrahitur iuri naturali, ist vorzüglich durch die bereits angeführten Fälle zu erläutern, wenn nämlich entweder natrürlich erlaubte Handlungen verboten, oder der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt werden.

186) „Nimmermehr, schreibt der Herr **von Justi**, „kann dasienige als ein Gesetz betrachtet werden, „was offenbar dem vereinigten Willen des Staats „nicht gemäs ist, was in die Wolfahrt des „Staats gar keinen Einflus hat. In allen Fäl„len also, wo der Regent seine Macht misbraucht, „um seine Leidenschaften und Ausschweifungen „zu vergnügen, da giebt er keine Gesetze, son„dern er giebt Befehle, denen Niemand Gehor„sam schuldig ist. Wenn z. B. Augustus die „schönsten Weiber aus Rom in seiner Sänfte „abholen ließ, ohne daß die Männer sich wider„setzen durften; wenn in diesem Jahrhundert „ein teutscher Reichsfürst die schönsten Mädgen „seines Landes nach Hofe holen ließ, unter dem „Vorwande, sie in seiner Kapelle zu gebrauchen, „in der That aber, um sich ein starkes Serail zu „errichten: So waren diese Regenten in diesen „Fällen gar nicht als Gesetzgeber zu betrachten; „niemand war schuldig, ihnen zu gehorchen. „Der Mensch wird Bürger eines Staats, ohne „die Eigenschaft des Menschen abzulegen. Es „ist demnach so weit gefehlt, daß die Gesetze der „Staaten die Gesetze des Menschen aufheben „sollten, daß sie sich vielmehr beständig auf die„selben gründen, und dahin, als auf ihre Quelle „zurück sehen müssen. Denn bürgerliche Ver„fassungen und Gesetze, die nicht ihren Grund „in der Natur des Menschen hätten, würden widersinnige und ungereimte Gesetze sein. Wenn

„daher

„daher die Gesetzgeber der Staaten nicht die „Natur des Menschen voraussetzen, wenn sie „ihren Bürger nicht zuförderst als Menschen be„trachten: So können sie keine andere, als un„natürliche, grausame und tyrannische Gesetze „geben. Der Despot, der ein Gesetz giebt, daß „Aeltern und Kinder am Leben gestraft werden „sollen, wenn sie eine Verschwörung wider den „Despoten, in welche sich der eine Theil einge„lassen, nicht anzeigen, ohngeachtet sie selbst „keinen Anteil daran genommen haben, verletzet „alle natürliche Triebe, und giebt ein grausames, „tyrannisches Gesetz. Die römischen Gesetze, „fügt Herr Prof. **Scheidemantel** hinzu, schei„nen diese harten Grundsätze zu lehren. **Bar„tolus** hat sie wenigstens so ausgelegt, und „**Baldus** hat ihm deswegen vorgeworfen, daß „seine Seele solches in der Hölle büßen müste. „Es ist zwar gewis, daß man die Maiestät auf „alle Art sicher stellen muß, aber man muß auch „die Unschuld, Unwissenheit, und natürliche Liebe „entschuldigen. Eben so beleidigt der Richter „das natürliche Recht, und ist ein sehr ungerech„ter Richter, wenn er einen armen Mann be„straft, der zur Fristung seines Lebens ein Brod „oder andere Nahrungsmittel gestohlen hat, nach„dem er sich vergebliche Mühe gegeben hatte, auf „eine erlaubte Art darzu zu gelangen. Der Trieb „der Selbsterhaltung geht über alle bürgerliche „Gesetze." **Natur und Wesen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel.** Mietau 1771. §. 150. 172. 180. 185.

187) Der Trieb der Selbsterhaltung geht freilich, wie gesagt, über alle bürgerliche Gesetze. Allein man müste den Endzweck der bürgerlichen Societät gänzlich ignoriren, und alle gute Ordnung durchaus verleugnen, um nicht überzeugt zu sein,

daß der Regent in Ansehung der Mittel, welche der Mensch zu seiner Erhaltung anwenden kann, allerdings verschiedene Einschränkungen zu machen befugt sei. Er kann diese oder iene Handthierungen, Künste, und Gewerbe, gewißen Personen allein gestatten, und alle andere davon ausschließen. Nicht ein ieder im Staat darf Schuhe machen, nicht ein ieder als Advokat vor Gericht auftreten, u. s. w. Eben so verhält sich die Sache in gewißer Hinsicht mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unsers Geschlechts. Der Regent kann befehlen, daß wir unsern Weg durch die Kirche nehmen sollen, um eine rechtmäßige officinam sobolis anzulegen. Er kann unter gewissen Personen die Heirathen gar verbieten; u. d. m.

188) So z. B. ist die Occupation, mithin auch die Jagd im Stande der natürlichen Freiheit einem Jeden erlaubt. Gleichwie es aber kein Bedenken leidet, daß der Mensch sich dieser Rechte begeben könne; so ist auch die Gültigkeit der bürgerlichen Gesetze, welche den Untertanen die Jagd und andere Arten der Occupation verbieten gar nicht zu bezweifeln.

189) L. 6. D. de iustit. et iure.

190) Z. B. der Erwerb des Eigentums durch Verjährung, die Verbindlichkeit aus einem voto u. d. m. Ueberhaupt hat man bei der Lehre von Verhältniß des positiven Rechts gegen das natürliche annoch nachzulesen: **Die Rechte der Menschheit v. J. A. Schlettwein** §. 17. 28. 60. u. folg. woselbst iedoch unter andern folgende Grundsäze noch in mancher Hinsicht bedenklich scheinen: daß alle positive Gesetze in Ansehung des materiellen natürliche Gesetze sind, — daß in Rücksicht solcher Handlungen, welche die Natur

Natur dem Menschen weder gebietet, noch verbietet, sondern nur erlaubt, keine positive Gebots oder Verbots Gesetze statt finden, — daß in Absicht des materiellen selbst keine götliche positive Gesetze denkbar sind, — sondern daß alle positive Gesetze, wenn sie wahr, und gut sein sollen, nur Bekanntmachungen der natürlichen Gesetze sein können — daß folglich die positiven Gesetze sich eigentlich nur allein auf das formelle beschränken, d. i. mit gewissen Handlungen besondere Folgen verbinden, oder solche Zeit — und Orts Umstände für sie bestimmen können, welche nicht aus dem Wesen der Handlung unzertrennlich fliessen, — daß es nur in diesem Verstande positive Gesetze geben kann, die aber im Grunde nichts anders sind, als natürliche in ihrer obligatorischen Kraft erhöhete, oder für die Menschheit wirksamer gemachte Gesetze.

§. 59.

Allgemeine Regeln von der gerichtlichen Wirkung natürlicher Verbindlichkeiten.

Soviel glauben wir nunmehro ausser Zweifel gesetzt zu haben, daß man folgende Grundsätze als allgemeine Regeln in dieser Materie wird gelten lassen. **Erstlich**: Eine iede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen ausser dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, ist auch an sich in diesem Zustande vorhanden, und fortdaurend; nur dieienigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstände hervorbringt, daß die Obligation damit nicht bestehen kann 191). Zweitens

tens: Eine iede natürliche Zwangpflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effekt, sie kann in der Regel beides durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden; ausser in denen Fällen, wo die Geseze in specie die gerichtliche Wirksamkeit versagt, oder eingeschränkt haben 192). **Drittens:** Wenn aber dergleichen einschränkende Geseze wirklich vorhanden sind: So verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des gerichtlichen Effekts nur so viel, als das positive Recht derselben namentlich entzogen hat; mithin bleiben dieienigen Effekte, welche in den Gesezen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro ciuili fortdaurend. **Viertens:** Was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch nie in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn, daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegenteil verordnet worden; das leztere ist aber, als Ausname von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von Einem Fall auf den andern, noch von Einer gerichtlichen Wirkung auf alle übrige die Ausdehnung zulässig ist. Mit einem Worte: Was an sich nur Liebespflicht ist, hat in foro ciuili nicht mehr Kraft, als die Geseze **wirklich** gestattet haben; die natürliche Zwangpflicht hingegen, hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich **genommen** ist.

191) Homiues enim statum ingressi ciuilem et naturam et rationem, quae fuit in statu naturali retinuerunt; vnde dubitari nequit iuris

iuris naturalis praecepta in statu quo que ciuili esse seruanda. I. A. HELLFELD iurisprudent. forens. §. 17. At quum saecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, omnique vi spoliare, quumque illi, tamquam Dei ministro obedientes nos esse oporteat, nulla tunc obligatio reperitur. Sic transactio super alimentis futuris vltima voluntate relictis, propria autoritate celebrata, perinde habetur, ac si nil fuisset actum. Sic intercessiones mulierum plane Senatus improbauit etc. etc. Ant. SCHVLTING *de obl. natur. Cap. 3. pag. 12.*

192) Ex legis naturalis et positivae natura ac indole facile patet, in regula omnem obligationem mere naturalem, quae secundum ius naturae est perfecta, obligationem quoque in foro ciuili efficacem esse et plenam; sicque exceptionem esse, eam vel minus plenam vel inefficacem esse. *Dan.* NETTTELBLADT System. elem. iurispr. general. §. 281.

§. 60.

Grundriß zur besondern Abhandlung der einzelnen Fälle, wo die natürliche Verbindlichkeit nach Vorschrift der bürgerlichen Gesetze entweder ganz wegfällt, oder in Gerichten nicht völlig wirksam ist.

Da die im vorigen Paragraph enthaltene Regeln, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menschen im aussergeschaftlichen Zustande oblie-

obliegen würde, an sich nicht allein in der bürgerlichen Societät fortdaure, sondern auch den völligen gerichtlichen Effekt mit sich führe, verschiedene Ausnamen leiden: So sind diese leztern nunmehro insonderheit zu betrachten, welches in folgender Ordnung geschehen soll. Zuerst werde ich die Fälle erörtern, wo die bürgerlichen Rechte eine nach dem Naturrecht an sich erlaubte und verbindliche Handlung verbieten, und solche der Willkühr des Untertanen, welche das Naturrecht zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit voraussezt, entziehen. Hiemit wird sich der vierte Abschnitt beschäftigen. Dann folgen zweitens dieienigen Fälle, wo kein verbietendes Gesez der Handlung selbst im Wege stehet, wo die Verbindlichkeit an sich allerdings vorhanden ist, iedoch die völlige gerichtliche Kraft und Wirkung nicht statt findet. Hiebei aber kommt folgender Unterschied in Betrachtung, welchen die Lehrbücher gewöhnlich übergehen, ob er gleich von der grösten Wichtigkeit ist. (Siehe oben §. 51. 52.) Die bürgerlichen Geseze haben die gerichtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit entweder schon ex parte ante, um mich eines scholastischen Ausdrucks zu bedienen, dergestalt eingeschränkt, daß der völlige Effekt keinen Anfang gewinnen können; oder nicht; sondern es ist einer bisher **völlig wirksamen** Verbindlichkeit der weitere Effekt, es sei nun ganz oder zum Teil, aus Gründen entzogen worden, welche nach natürlichen Rechten keine Aufhebung oder Einschränkung der Verbindlichkeit hervorbringen.

Von

Von ienem wird der fünfte, von diesem aber der sechste Abschnitt handeln. Hierauf wird im Siebentem Abschnitte von den Liebespflichten, welche durch positive Gesetze die Wirkung einer Zwangpflicht entweder ganz, oder zum Teil erhalten haben, danächst aber im achten und folgenden Abschnitten, von Verstärkung der natürlichen, nicht völlig wirksamen Verbindlichkeit durch den Eid, durch die Verpfändung, und Bürgen, und endlich von Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit gehandelt werden.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung

Bd.: 1

Schwerin [u.a.] 1784

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.172#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703319-6
VD18 80032265-001